ضمان الموت وحالة البقاء بمعزل من ذلك كلّه وصار كمال
النصاب فان الكمال يشترط عند ابتداء الحول وعند تمام الحول
وكقيام الملك في حال بقاء اليمين فان قيام الملك يشترط في
باب اليمين حال انعقاد اليمين وحال نزول الجزاء ولا يشترط
حالة البقاء وقال محمد وزفر في جميع ذلك دية اليد لان اعتراض
الردة اهدر السراية نصا فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما
اذا قطع يد مرتد فاسلم فانه لا يجب شيء فكذا هنا الاصل ان
العبد اذا صار دمه مباحا بالردة او بالقود لا يزول ملك
سيده فالعبد اذا ارتد واكتسب في حال ردته فكسبه يكون
ملكا لسيده وان الكتابة لم يتوقف بردة العبد على اسلامه
ولهذا لو ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا واخذ
مع ماله ثم قتل على الردة فان لم يف ما تركه ببدل الكتابة فما
تركه لمولاه لانه مات عبدا بلا ريب فيكون كسبه لمولاه
وان وفي ما تركه بدل الكتابة يعطى مولاه بدل الكتابة وما بقي
من اعطاء بدل الكتابة يكون لورثة المكاتب اتفاقا اما على اصل
ابي يوسف ومحمد لا يشكل لان كسب الردة عندهما يكون ملكا
للمرتد اذا كان حرا ككسب الاسلام فكذا اذا كان مكاتبا واما
على اصل ابي حنيفة فمشكل لان كسب الردة لا يكون ملكا
للمرتد عنده اذا كان حرا وهنا جعله ملكا للمكاتب وانما كان
كذلك لان المكاتب انما يملك اكتسابه بسبب الكتابة والكتابة
لم يتوقف على اسلام المكاتب فلا يتوقف ملك المكاتب وهنا
لان الكتابة لا تبطل بالموت حقيقة حتى تؤدى بدل الكتابة
بعد موته ويحكم بعتقه في اخر اجزاء حيوته فكذا بالموت حكما

بلحاقه بدار الحرب فصار كسب المكاتب في حال الردة ككسب
الاسلام على هذا الوجه الاصل ان الاولاد يتبعون الاباء في
الدين وان الاحفاد لا يتبعون الاجداد في الدين ولهذا لو
ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب وولدت
ولدا او ولد الولد لهما او لد فظهر على تلك الدار فالولدان يكون
فيئا اما الاول فلان الامه مرتدة وهي تسبى ولا تقتل والولد
يتبع الام في الرق والحرية فيكون الاول فيئا على هذا الوجه واما
الاخر فلانه كافر اصلي وليس بمرتد فلا شبهة في استرقاقه
ويجبر الولد الاول على الاسلام لوجود المتابعة في الارتداد
وروى الحسن عن ابيحنيفة انه يجبر تبعا للجد فصل في اسلام
الصبي وارتداده واسلام المجنون والسكران وارتداده الاصل
ان الصبي لا يوهل للمضار المحض كهبة الصبي وان العقوبات
موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وان اعتقاد الانسان
امر مبطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار
عن طوع مقام ذلك الامر فيكون الاقرار عن طوع دليلا على
الاعتقاد ولهذا صح اسلام الصبي الذي يعقل ويميز بين
الاسلام والكفر عند ابيحنيفة وابييوسف ومحمد لان عليا
رض اسلم في حال صباه وكان ابن عشرسنين او ست
او خمس سنين وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخر
عليه السلام بذلك ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق
بالجنان والاقرار بالاسلام والصبي العاقل من اهله فوجب
ان لا يرده كالبالغ وصح ارتداد ذلك الصبي عند ابيحنيفة و
محمد لان الردة موجودة حقيقة من الصبي ولا مرد للحقيقة

كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لان فيه نفعا ولا يقتل
ذلك الصبي لانه عقوبة والصبي ليس من اهلها وفي هذا
الموضع اسولة واجوبة ذكرت في المطول وقال ابو يوسف ارتداد
ذلك الصبي ليس بارتداد لان الارتداد مضرة محضة فلا يصح
الارتداد بخلاف الاسلام لانه نفع محض والصبي يوهل للنفع
المحض كقبول الهبة وقال زفر اسلامه ليس باسلام وارتداده
ليس بارتداد لان الصبي في الاسلام تبع لابويه فلا يجعل ان
يكون اصلا فيه لاستحالة ان يكون تبعا ومتبوعا في حكم
واحد ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره
لا يدل على تغير اعتقاده وكذا لا يصح ارتداد المجنون والسكران
الذي لا يعقل لان الردة يبتني على الاعتقاد ونحن نعلم ان
السكران غير معتقد لما يقوله ولا يصح اسلام ذلك الصبي لعدم
الاهلية فصل في فتح البلاد للمرتدين وفيمن التجاء الى الحرام ولو
فتحنا على المرتدين لا يقبل من المرتدين الا الاسلام او السيف
كمشركي العرب وقسم اموالهم واراضيهم بين المسلمين ويوضع
على الاراض العشر ولو قسم اموالهم وذراريهم ونساءهم و
نقل الحارض للمرتدين قوم ذمة يؤدون الخراج عن روسهم وعن
ارضيهم صح واذا جعل ذلك صارت الاراض مملوكة لذلك
القوم وان اسلموا بعد ما ظهر عليهم فهم احرار لانه احرار لانه
لا رق على المرتدين فان شاء الامام قسم اموالهم واراضيهم و
جعل الاراضي عشرية لوجود الاسلام او جعل الاراضي خراجية
لانهم اسلموا بعد ما استحق الخراج على اراضيهم واهل الحرب ان
اسلموا بعد ما ظهر عليهم فهم واموالهم ونساءهم وذراريهم

فيء الغانمين ونوضع العشر عليهم او الخراج لان اسلامهم بعد
ماصار فيئا للمسلمين واذا التجى مباح الدم بالقود او الرجم
او الحربي او الارتداد الى الحرم لا يقتل ولكن لا يطعم ولا يسقى
حتى يخرج فيقتل لقوله تعالى ومن دخله كان امنا اي من النار
فصل في البغاة الاصل ان الخروج على السلطان بعد انعقاد السلطنة معصية وان دفع الشر باهون الامرين احسن واولى
في الشرع فاذا خرج قوم من المسلمين عن طاعة الامام وغلبوا
على بلد دعاهم الى العود الى جماعة المسلمين وكشف شبهتهم
في امر الدين لان عليا رض بعث عبد الله بن عباس الى اهل
حروراء وهي قرية بالكوفة قبل قتالهم ولان كشف الشبهة اهون
الامرين وهما الدعوة والقتال ولعل الشر يندفع به فالاحسن
ان يقدم ذلك على القتال ويحل للامام عندنا ان يقاتل البغاة
وان لم يبدءوا بقتالهم اذا تحيزوا واجتمعوا لان الخروج على
السلطان معصية والقتال بقتالهم نهي عن المعصية والنهي
عن المنكر قد امرنا به فنقاتلهم وان لم يبدءوا وعلى هذا الوجه
واذا بلغ الامام انهم يشترون السلاح للقتال ياخذهم ويحبسهم
حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبتهم اطفاء لنائرة الشر
قبل اضطرامها الاصل ان الغرض من قتال البغاة دفع بغيهم و
شرهم الا يرى الى قوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر
الله فلو كانت للبغاة جماعة يرجعون اليها اسرع على جريحهم بتمام
قتلهم واتبع موليهم لان البغاة متى كانت لهم فئة يرجعون
اليها لم يترك بغيهم ولى دبره لانه ينحاز الى البغاة ثم يعودون
الى القتال فجاز قتله وكذا المجروح لا يؤمن من ان يبرء فيعود

الى القتال يحل قتلهم ايضا على هذا الوجه وان لم يبق لهم فية لم
يسرع على جريحهم بتمام قتلهم ولم يتبع موليهم لانقطاع البغي لانعدام
الفية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا وقعت الفتنة بين
المسلمين ولم يكن فيه امام فالواجب على كل واحد من المسلمين
ان يعتزل الفتنة ويقعدوا ولا يخرجون للقتال بل يلازمون البيت
وان كان فيه امام فاعانة الامام واجب عند غناء المسلمين و
قدرتهم اذا دعاهم الامام لان الاصل ان طاعة امام الحق واجبة
عليه واذا لم يكن الامام حقا لا يجب اعانته والامام الحق هو الذي
استجمع شرائط صحة الامام الاسلام والحرية والعقل والبلوغ و
العدالة وصار اماما ببيعة جماعة من المسلمين وهم رضوا
بامامته وهذا يريد اعلاء كلمة الاسلام وتقوية المسلمين
ويؤمن منه دماء المسلمين واموالهم وفروجهم ويأخذ العشر
والخراج على الوجه المشروع ويكون عدلا مامونا ليتا على المسلمين
ومن لم يكن كذلك فليس من الامام الحق فلا يجب اعانته بل
يجب القتال مع ذلك الامام والخروج عليه حتى يستقيم او
يقتل ولم يسبي ذرية البغاة ولم يقسم مالهم بل يحبس مالهم
ولا يرد عليهم حتى يتوبوا فيرد عليهم لقول علي رض يوم الجمل
ولا يقتل اسير اذا لم يكن فيه فية فان كانت لهم فية فلا
باس بقتل اسيرهم ولا يكشف سترهم اي لا نسترق نساءهم وذراريهم
ولا يؤخذ مال لانهم مسلمون فتكون انفسهم واموالهم معصومة
وعلي رض هو المقتدى في باب البغاة وان شاء الامام حبسه اي
الاسير من البغاة الاصل ان الحاق الضرر الادنى جائز لدفع
الضرر الاعلى وهذا ان احتاج اهل العدل الى سلاح البغاة

قاتلوا بسلاحهم وخيلهم لان عليا رض قسم سلاح البغاة فيما
بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته لحاجة اهل العدل لا للتمليك
ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال
الباغي اولى والعلة المؤثرة في هذا الحكم الحاق الضرر الادنى لدفع
الاعلى وان لم يحتج اهل العدل الى سلاحهم وخيلهم حبس عليهم
كسائر الاموال لان في الرد عليهم اعانتهم وتقويتهم على قتال
اهل العدل وعند الاحتياج يباع خيلهم ويحبس ثمنه لان حبس
الثمن ايسر من حبس الخيل لاحتياجه الى النفقة دون الثمن
فاذا وضعت الحرب وزارها وزالت منعتهم وشوكتهم ردهما
عليهم لزوال المانع الاصل ان ولاية اخذ العشر والخراج للامام
تكون باعتبار الحماية ولهذا لو ما اخذه اهل البغي من بلاد التي
غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام الحق ثانيا لان
الامام لم يحمهم فكان التقصير من الامام فان كان اهل البغي
صرفوهما في مصرفهما اجزى ممن اخذ منه العشر والخراج لوصول
الحق الى مستحقه فان لم يكن اهل البغي صرفوه في محله فيجب على
اهل العشر والخراج فيما بينهم وبين ربهم ان يعيدوا العشر و
الخراج ليصل الحق الى المستحقين قال اكثر العلماء لا اعادة عليهم
في الخراج لان البغاة مقاتلة فكان البغاة مصارف على هذا لو
وانكانوا اغنياء ولا اعادة عليهم في العشر انكان البغاة فقراء
لان العشر حق الفقراء وفي الزمان المستقبل ياخذ الامام العشر
والخراج لان الامام يحميهم في المستقبل لظهور ولاية الامام عليهم
الاصل ان القصاص لا يمكن استيفاءه الا بقوة المسلمين و
القتل اذا لم ينعقد موجبا للقصاص في مكان انعدام ولاية

المسلمين

المسلمين فيه لا يجب على القاتل شيء ولهذا من قتل رجلا والقاتل
والمقتول من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لعدم الولاية
لامام العدل في زمان القتل فلم ينعقد القتل موجبا للقصاص
فلم يجب عليه شيء كالقتل في دار الحرب وان غلب اهل البغي على مصر فقتل
رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه
يقتص اذا غلب اهل البغي ولم تجر على اهل المصر احكام البغاة و
اخرجوا قبل ذلك لان ولاية الامام لم تنقطع في ذلك المصر فينعقد
القتل موجبا للقصاص فيجب القصاص الاصل ان العادل
اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لان الاصل ان العادل
مامور بقتال البغاة دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا
يجب الضمان عليه عندنا بعدما تجمعوا وصاروا اهل منعة
وقوة على تقدير التاويل الفاسد بقول الباغي كنت على الحق ح
قتلت ويأثم الباغي اما اذا اصابوا قبل منعتهم فيضمنون لوجود
اجماع الصحابة رض في عدم وجوب الضمان على الباغي رواه
الزهري فقال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام
كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو
موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل
مال اتلف بتاويل القران فهو موضوع ولان احكام الشرع
لا بد فيها من الالزام من اهل العدل بالجبر او من الالتزام من
البغاة ولا التزام من البغاة لاعتقاد اباحة النفس والمال عن
تاويل ولا الزام من اهل العدل لعدم الولاية على البغاة لان
الاصل ان الالزام تكون بالولاية وليس لنا ولاية على البغاة لان
الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى ولا تنفيذ عليهم

لوجود المانع من التنفيذ وهو المنعة والقوة للبغاة فلا يلزم
حكم الاسلام على البغاة على هذا الوجه عند ابي حنيفة ومحمد و
الولاية على الباغي باقية قبل المنعة والتزمنا منهم حكم الاسلام ولهذا
اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فان القاتل يرث الباغي لان
العادل قتله بحق فلا يحرم القاتل الميراث كما لو قتله قصاصا
او رجما وان قتل الباغي رجلا من اهل العدل وقال الباغي كنت
على الحق في زمان القتل وانا الان على حق ورث للعدل وان
قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل في زمان القتل لم يرث العدل
عند ابي حنيفة ومحمد لوجود اجماع الصحابة ولان المتلف اتلف
عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالتاويل الصحيح
في حق الدفع للضمان عن الباغي اذا ضمت المنعة الى الباغي كما
في منعة اهل الحرب وتاويلهم فان اهل الحرب لا يضمنون ما
اتلفوا لهذا المعنى وهذا لان الاصل ان احكام الشرع لا بد فيها من
الالزام من اهل العدل او من الالتزام فان لم يوجد واحد منهما
لا يلزم حكم الاسلام ولا التزام من البغاة لاعتقاد اباحة الاتلاف
على تاويل فاسد ولا الزام من اهل العدل لما ذكرناه فلا يلزم
حكم الاسلام وعند عدم التاويل يثبت الالتزام من البغاة
اعتقادا فالزمناهم حكم الاسلام ورد عليه ينبغي ان لا ياثم
[illegible] بقوله بخلاف الاثم فان الاثم يلحقه وان لم تجب
الضمان لان الاصل ان تاثير المنعة يكون في سقوط حق العباد
والضمان [illegible] من حقوق العباد ولا تاثير للمنعة في حق الشارع
[illegible] بحقوق عباده فلا مانع عما ثبت حقا لله تعالى وقال
ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين لان التاويل الفاسد بقوله

كذا

كنت على الحق يكون واقعا الا في الظاهر والاصل ان الظاهر انما
يعتبر في حق الدفع لا في الاستحقاق والحاجة هنا الى استحقاق
الارث لا الى الدفع والظاهر غير معتبر في استحقاق الارث فلا
يرث في الوجهين عنده على هذا الوجه والجواب لابي حنيفة ومحمد
على ابي يوسف ان الحاجة هنا الى دفع حرمان الارث اذ القرابة
سبب الارث والقرابة موجود والحرمان يكون بسبب القتل العارض
فوقعت الحاجة الى دفع العارض فيعتبر التاويل الفاسد في حق
الدفع الا من شرط دفع الحرمان بقاءه على دعواه فاذا رجع الباغي
وقال كنت على الباطل لم يوجد الدافع وهو التاويل الفاسد
بقوله كنت على الحق فوجب الضمان فيحرم عن الميراث على هذا
الوجه فصل في بيع السلاح من اهل البغي واهل الفتنة
الاصل ان الاعانة على المعصية حرام في الشرع ولهذا يكره بيع
السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لوجود الاعانة على
المعصية ولا باس ببيع السلاح ممن لم يعرف من اهل الفتنة
لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح فصار امر الشراء محمولا
على الجهاد دون الفتنة ويكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل
به الا بصنعة مثل الحديد فلا باس ببيعه الا يرى انه يكره بيع
المعازف وهو الات اللهو والطرب ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا
الخمر مع العنب فصل في ضمان الغازي الاصل فيه ان حق الملك لا
يضمن بالاتلاف لان حق الملك لا يماثل حقيقة الملك والضمان
مبني على المماثلة ولهذا لو اتلف غاز شيئا من الغنيمة كا
والامتعة والدواب او وطئ جارية من الغنيمة او قتل بعض
الاحرار بدار الاسلام لم يقتص لوجود الملك للغازي في الغنيمة

ظاهر ما الا في الواقع

قبل قسمة الغنيمة وبعد الاحراز بدار الاسلام لان الغنيمة مشتركة
بين الغانمين فمنع حق القاتل وجوب القود وضمن المتلف
قيمة ما اتلف وقتل لوجود الملك بعد الاحراز بدار الاسلام
لان الملك للغانمين لا يثبت الا بعد الاحراز بدار الاسلام قبل
القسمة وبعد القسمة يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام
فيضمن الغازي على هذا الوجه الا ان القتل ان كان عمدا يجب
القيمة في مال القاتل في ثلث سنين لان الاصل ان العاقلة لا
تعقل العمد وان كان القيمة في مال القاتل في ثلث سنين
وقبل الاحراز بدار الاسلام وقبل القسمة لا ضمان عليه في الاتلاف
والقتل ولا عقر في الوطي لان الثابت للغانمين مجرد حق التملك
اذ الملك لا يثبت الا بعد الاحراز بدار الحرب والاصل ان حق
التملك ليس بمضمون فلا يضمن في الاتلاف والقتل والمستوفى
بالوطي كالجزء واتلاف الكل غير مضمون فاتلاف الجزء اولى ان
لا يكون مضمونا ولكنه يؤدب زجرا له ولغيره وبعد الاحراز
الغنيمة والقسمة يقتص ما كان فيه القصاص لوجود الملك
وانعدام الشركة الا ان يكون المقتول من الخمس فحينئذ لا
يقتص من القاتل ويوخذ القيمة لان الخمس يكون بمنزلة
بيت المال ولكل مسلم في بيت المال حق فيوجد الشركة للقاتل
فمنع وجوب القود الاصل ان من قتل مباح الدم بغير اذن
الامام لا يقتص من القاتل ولا يضمن ولهذا لو قتل رجلا
من السبي لا يجب عليه قود ولا قيمة لوجود مباح الدم لان
للامام ان يقتل المقاتلة بعد الاحراز بدار الاسلام اذا راى
المصلحة في ذلك فكان مبقى على الاباحة فوجد مباح الدم فلا

يضمن

يضمن كما لو قتل مرتدًا الا ان القاتل يؤدّب لسبقه على الامام
بخلاف الجارية المقتولة لانعدام مباح الدم لانها امراة وهي
لا تكون مباح الدم وعلى هذا تخرج المسائل كتاب اللقيط وهو
في الشريعة اسم لمولود طرحه اهله خوفا عن العيلة او فرارا
عن تهمة الزنا الاصل ان اظهار الشفقة على الاطفال افضل
الاعمال ولهذا ندب التقاط اللقيط وان تضييع الانسان حرام
في الشرع ولهذا لو غلب على ظنه ضياع اللقيط يجب التقاطه
الاصل في بني ادم هو الحرية لان الناس اولاد بني آدم وحوا وكانا
حرين ولهذا يكون اللقيط حرا باعتبار الاصل فيتمسك بهذا
الاصل ما لم يثبت غيره ولان الاصل ان دار الاسلام دار الاحرار
فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر و الاصل ان القاضي
مامور بالظاهر فيكون اللقيط حرا على هذا الوجه الاصل
ان الغنم مقابل بالغرم وان من كان عاجزا مسلما عن التكسب
محتاج الى النفقة ولا مال ولا قرابة فحقه في بيت المال ولهذا
يكون نفقة اللقيط في بيت المال لوجود العجز في اللقيط وان
اللقيط لو مات وترك مالا كان ماله مصروفا الى بيت
المال ميراثا للمسلمين فيكون نفقة اللقيط على المسلمين لان
الغنم بالغرم ولهذا كانت جنايته في بيت المال الاصل ان
للقاضي ولاية عامة ولهذا لو انفق الملتقط على اللقيط
يكون متبرعا في الانفاق فلا يرجع على اللقيط اذا كبر لعدم ...
الملتقط على اللقيط الا ان بامر القاضي بالانفاق ...
يرجع على اللقيط لعموم الولاية للقاضي الاصل ان من سبق
يده بالشيء المباح فهو احق به ولهذا ان التقطه رجلان ...

لغيره ان ياخذ من الاول لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده
الاصل انه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا حتى يثبت
الارث بشهادة القابلة على الولادة حكما وان لم يثبت الميراث
بشهادة القابلة قصدا وكل دعوى يتضمن ابطال حق الملتقط
فهو غير مقبول فان ادعى مدع ان اللقيط ابنه فالقول
قول ذلك المدعي وثبت نسب اللقيط من ذلك المدعي
بلا بينة اذا لم يدع الملتقط نسب اللقيط وهذا استحسان
لان هذا الدعوى اقرار للقيط بما ينفعه لان اللقيط يتشرف
بالنسب ويعير بعدم النسب فيكون ابنا للمدعي ثم قيل
يصح الدعوى في حق ثبوت النسب دون ابطال يد الملتقط
لان يد الملتقط سابقة فيه فلا ينزع اللقيط من يد الملتقط
وقيل يبتنى عليه بطلان يد الملتقط وكم من شيء يثبت
ضمنا ولا يثبت قصدا والقياس ان لا يقبل قول المدعي
ولا يثبت نسب اللقيط من ذلك المدعي لان هذه الدعوى
يتضمن ابطال حق الملتقط لان قصد المدعي بهذه الدعوى
اخذه من الملتقط فلا يقبل قوله في ابطال الحق الثابت ولو
ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا لان الملتقط
ادعى شيئا هو في يده ولا منازع له ولا يبطل يد احد فيصح
بخلاف غير الملتقط لانه ادعى شيئا في يد غيره وله منازع
وفيه ابطال حق الملتقط فلا يصح دعواه والملتقط احق
بالامساك والاصح انه لا يصح دعوى الملتقط قياسا لان
الملتقط متناقض في الاقرار بالنسب لانه لما التقط كانه اقر
اقر بانه ليس بابن لان الابن لا يكون لقيطا في يده وفي

الاستحسان

الاستحسان يصح وجه الاستحسان هذا الجهل عفو لان الانسان
قد يظن الصغير لقيطا في زمان ثم ظهر له انه ولده باعتبار
ان مبناه على الخفاء وكان معذورا في الجهل وقد عرف في الاصل
الاصل فيه ان شهادة الظاهر معتبر في الشرع وان من ادعى
شيا في زمان لا منازع له في ذلك الزمان فهو له الا اذا اقام
الاخر البينة فحينئذ يكون له لان الاصل ان البينة
اقوى ولهذا وان ادعى اللقيط اثنان فهو ابنهما لانهما استويا
في سبب ثبوت النسب وهو الدعوة الا ان يصف احدهما
علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له اذا العلامة
وافقت كلامه وهي اصل في الشريعة لقوله تعالى تعرفهم
بسيماهم فيكون الظاهر شاهدا له فيكون اولى به على هذا
الوجه ولو سبقت دعوة احدهما فاللقيط ابنه لانه ثبت حقه
في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة فحينئذ
يكون له لان البينة اقوى الاصل ان كل شيء يكون نفعا
فهو جائز في حق الصغير وكل شيء يكون ضررا فهو غير جائز
في حق الصغير ولهذا اذا وجد اللقيط في مصر من امصار
المسلمين او في قرية من قرى المسلمين فادعى ذمي ان اللقيط
ابنه ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان اللقيط مسلما
استحسانا لان دعوى الذمي تضمنت النسب وهو نافع
للصغير وتضمنت ابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضر
الصغير فصحت دعوته فيما ينفع الصغير وهو ثبوت النسب
دون ما يضر الصغير وهو ابطال الاسلام لان النسب ينفك
عن الدين فولد الكافر من امراة مسلمة ثابت النسب منه

كما في قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت الخ وفي الحديث فان جاءت كذا وكذا فهو للذي رميت به

وهو مسلم الاصل في وجدان اللقيط ان مكان اللقيط
لسبق المكان وفي بعض النسخ ان الواجد معتبر لقوة اليد
فان وجد اللقيط في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة
فان كان الواجد ذميا كان اللقيط ذميا رواية واحدة بالاتفاق
لوجود الواجد ذميا والمكان لذمي وان كان الواجد مسلماً
في المكان يعني البيعة والكنيسة ونحوهما او كان الواجد ذميا
في مكان المسلمين كمساجدنا اختلف الروايات ففي رواية يعتبر
المكان في الفصلين لان المكان اسبق من يد الواجد وعند
التعارض يترجح السابق والظاهر يدل على اعتبار المكان فان
المسلمون لا يضعون اولادهم في البيعة واهل الذمة لا
يضعون اولادهم في مساجدنا عادة وعرفا فان كان المكان
لذمي كان اللقيط ذميا وان كان المكان لمسلم كان اللقيط مسلماً
وفي رواية يعتبر الواجد في الفصلين لقوة اليد الا يرى ان من سبي
ومعه احد ابويه لا يحكم باسلامه باعتبار المكان وهو دار
الاسلام فكذا هنا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لان الملتقط
كالاب في حق اللقيط لقيامه بتربيته فان كان الواجد
مسلما كان اللقيط مسلماً وان كان ذميا كان ذميا على
هذا الوجه وفي رواية يحكم بزي اللقيط وعلامته وفي رواية
ايهما كان موجبا لاسلامه يعتبر ذلك لان الاصل ان الاسلام
يعلو ولا يعلى كالمولود بين مسلم وكافر الاصل ان الولد
يتبع الام في الرق والحرية الا في حق العرب فان ادعى عبد ان
اللقيط ابنه يثبت نسبه من ذلك العبد لانه يتمحض منفعة
في حق اللقيط وكان اللقيط حرا لان المملوك لا يكون ابنه

مملوكا لا محالة لاحتمال ان يكون ابنه من الحرة والولد يتبع
الأم في الرق والحرية فلا يبطل الحرية الظاهرة بدار الاسلام والاصل
بالشك فيكون اللقيط حرا على هذا الوجه الاصل ان اللقيط
حر لان الاصل في الانسان الحرية فيكون اللقيط حرا باعتبار
الاصل ولهذا لو قال عبد للقيط هو ولدي من زوجتي وهي
امة وصدقه مولاها ثبت نسبه من العبد ويكون حرا
عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا يبطل حريته بتصادق
العبد وسيدها فيكون حرا الاصل ان الظاهر لا يعارض
البينة ولهذا ان من ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل قوله
لانه حكم بحريته باعتبار الظاهر والاصل فلا يبطل ذلك
الحرية بقوله الا ان يقيم الحجة انه عبده فحينئذ يبطل
الحرية لان المدعي اثبت دعواه بالحجة وثبوت حرية اللقيط
باعتبار الظاهر بدار الاسلام وباعتبار الاصل والظاهر
لا يعارض البينة الاصل ان الظاهر ان يكون الاملاك
في يد الملاك ولهذا ان وجد مع اللقيط مال مشدود
على اللقيط فهو للقيط اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان المال
مشدودا على دابة يكون اللقيط عليها اعتبارا الظاهر
يده ثم يصرفه الواجد الى اللقيط بامر القاضي عند البعض
لانه مال ضائع لعدم اليد المانعة باعتبار انه ليس للقيط
قدرة الحفظ وللقاضي ولاية تصرف مثله الى اللقيط
وقيل يصرفه بغير امر القاضي لان المال المشدود ملك للقيط
ظاهرا وللواجد ولاية الانفاق من ذلك الشيء وللواجد
شراء ما لا بد من اللقيط كالطعام والكسوة لانه من الانفاق

الاصل ان سبب الولاية على الغير القرابة والملك والسلطنة
ولهذا لا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية على
اللقيط في الملتقط الاصل ان ولاية التصرف في حق الصغير
يجوز لتثمير المال وتلك الولاية لا يتحقق الا بالراي الكامل
والشفقة الوافرة ولهذا لا يجوز تصرف الملتقط في مال اللقيط
اعتبارا بالام وهذا لان الموجود في كل واحد من الملتقط والام
الراي الكامل في الملتقط والشفقة الوافرة في الام واحدهما
لا يكفي لهذه الولاية فلا يجوز تصرف الملتقط الاصل ان كل
شيء يكون نفعا محضا فهو جائز للملتقط في حق اللقيط
ولهذا يجوز للملتقط ان يقبض الهبة للقيط لان قبضها
نفع محض ولهذا يملك الصغير القبض بنفسه اذا كان عاقلا
ويملك ام الصغير ووصي الام قبض الهبة الاصل ان كل شيء
يكون من باب التثقيف وحفظ حاله فهو جائز للملتقط
في حق اللقيط وكل شيء يكون من اتلاف منافع الصغير فهو
غير جائز للملتقط كما لا يجوز لعم الصغير ويجوز لام الصغير
ولهذا قال في بعض الكتب ويسلم اللقيط الملتقط في صناعة
لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ويواجره الملتقط وذكر
في بعض الكتب لا يجوز للملتقط ان يواجر اللقيط لانه من باب
اتلاف المنافع بخلاف الام فان الام تملك اتلاف منافع الصغير
فيجوز للام ان يواجر الصغير الاصل هي مال يوجد في
الطريق ولا يعرف مالكه بعينه سمي بها لانها تلتقط غالبا
الاصل ان اخذ مال الغير من غير اذن المالك للحفظ والرد
على مالكه ماذون فيه شرعا وان اخذ مال الغير من غير اذنه

المالك والشارع كان تعدياً وكل شيء يكون وسيلة الى ايصال
الحق الى مستحقه فهو واجب على المسلم ولهذا كان لقطة الحل
والحرم امانة لا مضمونة في حق الاخذ اذا اشهد الملتقط
شاهدين انه ياخذها ليحفظها او يردها على صاحبها والوجود
الاذن شرعاً في الاخذ والاخذ افضل عند اكثر العلماء واذا خاف
الضياع يجب اخذ اللقطة عند اكثر العلماء لان اخذها يكون
وسيلة الى ايصال الحق الى مستحقه فيجب اخذها واذا كان كذلك
لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق رب المال والملتقط انه
اخذها للمالك تكون امانة لا مضمونة لان تصادقهما حجة
في حقهما وصار التصادق في حقهما كالبينة فلو اقر الملتقط
انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه
وبغير اذن الشرع فكان الاخذ متعدياً في هذا الاخذ واذا
كان متعدياً يضمن كالغاصب وان لم يشهد الشهود عند
الالتقاط على الاخذ وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك
يضمن عند ابي حنيفة ومحمد لان ... ان كلمة الاخذ سبب
الضمان فيكون الملتقط مقراً بسبب الضمان وهو اخذ مال
الغير بغير اذن الغير فادعى الملتقط ما يبرء من الضمان وهو
الاخذ لاجل مالكه في ذلك الدعوى وقع الشك عند عدم
الاشهاد فلا يبرء على هذا الوجه وقال ابو يوسف لا يضمن الاخذ
والقول قول الاخذ لان الظاهر شاهد للاخذ لان اخذه
لمالكه حسبة ولنفسه معصية وكان حمل فعله على الحسبة
اولى لاعتبار الظاهر حال المسلم العاقل فلا يضمن الاخذ عنده
على هذا الوجه فاجيب عن قول ابي يوسف بان ما ذكر ابو يوسف

من ظاهر حال المسلم يعارضه مثل الظاهر لان الظاهر ان يكون
المتصرف عاملاً لنفسه ولا لغيره واذا تعارض الظاهران بقي مطلق
الاخذ وهو سبب الضمان ويكفي للاخذ في الاشهاد ان يقول
من سمعتموه ان يطلب لقطة فدلوه علي واحدة كانت
اللقطة او اكثر لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل فان كانت
اللقطة شيأ يبقى مدة وكانت عشرة فصاعدا عرفها حولاً
وهذا رواية عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام من التقط شيا
فليعرفه سنة وان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياماً
على حسب راي الملتقط لان التقدير بالحول في هذا الحديث
ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم فالعشرة
وما فوقها في معنى الالف في تعلق قطع يد السارق به في
السرقة وتعلق استحلال الفرج بالعشرة وما فوقها وليست
العشرة وما فوقها في معنى الالف في حق تعلق الزكوة فاو
التعريف في العشرة وما فوقها بالحول احتياطاً وما دون
العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما فوضنا الى راي المبتلى
به وقال محمد في الاصل بالحول من غير فصل بين الكثير والقليل
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيأً
فليعرفه سنة من غير فصل وقيل الصحيح ان شيأ من هذا
المقادير وهو الايام او الحول ليس بلازم ويفوض الى راي
الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها
بعد ذلك المدة يتصدق الملتقط به وان كانت اللقطة شيأً
لا يبقى مدة عرفه في الوقت الذي لا يفسد فيه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبه في

يصالها او التصدق طريق الحفظ [illegible] ويبنغي ان
يعرّفوا اللقطة في الموضع الذي [illegible] الملتقط وفي مجامع الناس
ليتحدث الناس فيما بينهم فيصل الخبر الى صاحبها فيحصل
المقصود الاصل ان التمليك من المجهول لا يصح وان تمليك
المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له ان ينتفع به مع بقاء ملك
المبيح ولهذا ان كانت اللقطة شيا يعلم ان صاحبها لا يطلبها
كالنواة المتفرقة وقشور الرمان المتفرقة جاز للملتقط
ان ياخذه وينتفع بلا تعريف الا ان صاحبه اذا وجده في يد
له اخذه لان القاء على الارض يكون لاباحة الانتفاع به للواجد
ولم يكن تمليكا من الواجد لهذا الاصل واذا وجد المالك
في يد غيره وجد عين ماله فهو احق به للحديث وان وجد
مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما القاه
بعد ما اجمعه ولكنه سقط منه فاذا جاء صاحبها بعد التعريف
دفعها اليه الاصل ان الملتقط التزم بالالتقاط على حفظ
اللقطة لمالكها وذا يكون بايصال عينها الى مالكها ان وجده
وان لم يوجد فبايصال ثوابها اليه لان الثواب عوض وحكم
العوض حكم المعوض عنه ولهذا ان جاء صاحب اللقطة
بعد التعريف دفعها اليه لانه التزم على ايصال عينها وان لم
يجئ انشاء الملتقط تصدق بها الان ايصال الثواب يكون
بالتصدق وان شاء الملتقط امسك اللقطة فربما يظفر
لمالكها الاصل ان القبض اذا وقع على مال الغير باذن الشرع دون
المالك لا يوجب الاثم ويوجب الضمان كما في تناول مال
الغير حالة المخمصة فانه مسقط للاثم دون الضمان وان

التصدق اذا وقع على مال الغير باذن الشرع دون المالك يتوقف
التصدق على اجازة المالك فانشاء المالك اجاز التصدق
وانشاء ضمن المتصدق لان مثل هذا الاذن من الشارع
يسقط الاثم ولا يسقط الضمان حقا للعبد لانه محتاج و
لهذا ان جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق الملتقط بها
فالمالك بالخيار انشاء امضى التصدق وللمالك ثوابها لان
التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذن المالك فيتوقف
التصدق على اجازة المالك ولسائل ان يسال كيف يصح الاجازة بعد
فوات المحل وينبغي ان لا يصح الاجازة بعد فوات المحل كما في
بيع الفضولي فاجيب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة
من المالك بمجرد اذن الشرع بالتصدق والاجازة للملك لا بد
من محل الا للاجازة للثواب وههنا الاجازة للثواب لا لحصول
الملك قبل الاجازة من المالك باذن الشرع فلا يتوقف هذه
الاجازة على قيام المحل للاجازة على هذا الوجه بخلاف بيع
الفضولي حيث يشترط في اجازة بيع الفضولي قيام المحل
للاجازة وهو المبيع لان الاجازة وقعت ههنا لاجل
الملك للمشتري لثبوت الملك فيه بعد الاجازة فيتوقف
هذه الاجازة على قيام محل الاجازة على هذا الوجه وانشاء
المالك ضمن الملتقط لانه تصدق مال غيره بغير اذنه وهو
يوجب الضمان عليه فان قيل كيف يصح تضمين الملتقط
وقد تصدق الملتقط باذن الشرع فاجيب بان الشرع اباح له
التصدق وما الزمه ذلك التصدق ومثل هذا الاذن مسقط
للاثم دون الضمان حقا للعبد كتناول المضطر مال الغير وانشاء

مالك اللقطة ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير
اذنه وهو يوجب الضمان فان كان قائما اخذه لان من وجد
عين ماله فهو احق به واتهما ضمنه لم يرجع على الاخر بشيء
اما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه الاصل ان من كان
عاملا لنفسه لا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره واما
الملتقط فلانه بالضمان قد ملك فظهر ان التصدق وقع
بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشيء الاصل ان اخذ مال
الغير بلا اذنه حرام في الشرع والاباحة في الاخذ مخافة الضياع
ولهذا قال علماؤنا ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والجاموس
والبعير والفرس لان كل واحد لقطة يتوهم ضياعها فيستحب
اخذها لانه لو لم ياخذها ربما يصل اليه يد خائنة وكان
اخذها سببا لصيانتها فندب اخذها صيانة لاموال
الناس عن التوى وما كان لبعض اللقطة من قوة يدفع به
عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير
سبب الضياع كما هو سبب الصيانة عن السباع فتعارضا
فالتحقت بالشاة على هذا الوجه وقال مالك والشافعي ان
وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل لان الاصل
ان اللقطة اذا كان معها ما يدفع به عن نفسها كالقرن يقل
الضياع ولكن الضياع يتوهم وفيه احتمال عدم الرضا عن
المالك فكره الاخذ وندب الترك على هذا الوجه وجوابنا
ما قلنا وهو قوله وما لها من قوة الى اخره فصل في الانفاق
على اللقطة الاصل ان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا
للغائب وان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وان اقامة

البينة على [illegible] ماء والاخر لكشف الحال والخصم
في مثل هذا ليس بشرط ولهذا ان انفق الملتقط على اللقطة بغير
اذن القاضي فهو متبرع لعدم ولاية الملتقط على مالكها فلم
يكن نفقته دينا على مالكها فيكون المنفق متبرعا وان انفق
بامر القاضي كان ذلك دينا على صاحب اللقطة لوجود ولاية
القاضي على الغائب وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين
انشاء الله واذا رفع لقطة الحيوان الى القاضي نظر فيه فان كان
للبهيمة منفعة بان كانت من العوامل والحوامل اجرها
الحاكم وانفق من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملك المالك
من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل القاضي بالعبد الابق
وان لم يكن للبهيمة منفعة وخاف ان يستغرق النفقة
قيمتها باعها القاضي وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند
تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق على اللقطة
بان كانت اللقطة عطفا [عجفاء] لا تصلح للاجارة ولا تبلغ قيمتها
الى ما اشترى بذلك اذن في الانفاق وجعل النفقة دينا
على صاحبها لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وفي
هذا نظر من الجانبين من جانب المالك بابقاء عين ماله
ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على
اللقطة قال اكثر العلماء انما يامر القاضي بالانفاق يومين
او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر
بعد الانفاق بيومين او ثلثة يامر القاضي ببيعها لان دارة
النفقة مستاصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة وذكر
في الاصل شرط اقامة البينة في الانفاق على كونها لقطة عند

الرفع

الرفع الى الحاكم وهو الصحيح لان المقبوض يحتمل ان يكون غصبا
في يد القاضي ولا يامر القاضي بالانفاق في الغصب وانما يامر
القاضي بالنفقة في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال
وليست هذه البينة تقام للقضاء بل لكشف الحال عند
القاضي والخصم في مثل هذا ليس بشرط وان قال الملتقط لا
بينة لي يقول القاضي للملتقط انفق على اللقطة على قدر
ما يرى ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان
صادقا ولا يرجع بالنفقة ان كان غاصبا الاصل ان دين النفقة
وجب للملتقط بسبب هذه اللقطة فكان لهذا الدين
تعلق بهذا المال اي باللقطة ولهذا جاز للملتقط ان يمنع
اللقطة من مالكها اذا حضر حتى ياخذ دين النفقة لان هذا
الدين يتعلق بهذا المال اي باللقطة ولا يسقط دين النفقة
بالهلاك في يد الملتقط قبل حبس الملتقط اللقطة لاخذ
الدين لانعدام صفة الرهن قبل الحبس لان صفة الرهن ان
يحبس مالا لاستيفاء الدين ولا حبس ولا صفته ولا ياخذ
صفة الرهن الا عند اختيار حبس اللقطة لاخذ الدين كالوكيل
بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يرجع به على
الموكل فلو هلك قبل حبس المبيع لا يسقط ما وجب له على
الموكل ولو هلك بعد حبس المبيع يسقط لان المبيع صار
في معنى الرهن عند اختيار الحبس فيهلك بما حبسه به ولقطة
الحل والحرم سواء عندنا فصل في دعوى اللقطة وفي بيان
محل تصدق اللقطة الاصل ان اليد حق مقصود كالملك
... مقصود حتى وجب الضمان على الغاصب بازالة

الغاصب يد المغصوب منه فاذا احضر رجل او ادعى اللقطة
عند القاضي لا تدفع الى مدعيها حتى يقيم البينة لان اليد
حق مقصود كالملك حق مقصود بدليل انه يجب الضمان
في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لما ان المدبر غير قابل
للملك فلا يستحق اليد الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك
الاصل ان من شرط الكفالة ان يكون المكفول له معلوما
وان الاقرار في ملك الغير لا يجوز ولهذا فان بين مدعي اللقطة
علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليك ولا يجبر الملتقط على
دفعها في القضاء لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف
عقاصها او عددها فادفعها اليه وهذا الامر وضع للاباحة
عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي
دفعا للتعارض بينه وبين الخبر المشهور ويأخذ من ذلك
المدعي كفيلا اذا كان الملتقط يدفعها الى المدعي بذكر العلامة
استيثاقا وهذا الاخذ بلا خلاف بين اصحابنا لان الملتقط
ياخذ كفيلا لنفسه لا لغيره فيوجد شرط الكفالة فيصح
الكفالة بلا خلاف على هذا الوجه بخلاف التكفيل لوارث
غائب موهوم في قسمة الميراث بين الورثة او الغرماء
حيث لا يوخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة لان المكفول له
مجهول فلا يصح الكفالة ههنا واذا صدق الملتقط
المدعي قيل لا يجبر على دفع اللقطة كالوكيل بقبض الوديعة
اذا قال انا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه
المودع لا يجبر على الدفع لان المودع اقر بحق القبض للوكيل
في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير والاقرار في ملك

الغير

الغير لان الوديعة ملك الغير والاقرار بملك الغير لا يجوز
فلا يجبر على اللقطة الاصل ان الغني ليس بمحل للصدقة ولهذا
لا يتصدق الملتقط باللقطة على غني لان المامور به
وهو التصدق بعد تعريف اللقطة والصدقة لا تكون على
غني لانعدام محل الصدقة وان كان الملتقط غنيا لم يجز
له ان ينتفع به لعدم محل الصدقة وان كان الملتقط فقيرا
فلا باس ان ينتفع بها لوجود محل الصدقة وهو الفقر
حتى جاز الدفع الى فقير غير الملتقط وكذا اذا كان الفقير
ابا الملتقط او ابن الملتقط او زوجة الملتقط او ولده
جاز وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا ه الاصل الاباق
ان صيانة نفس الغير مندوب او واجب كما ان صيانة
مال الغير واجب ومستحب ولهذا كان اخذ الابق افضل
في حق من يقوى على الابق لما فيه من احياء النفس واما
الضال فقد قيل كذلك وقيل ترك الضال افضل لان
الضال لا ينفصل عن مكانه فيجده المالك ولا كذلك
الابق لان الابق يختفي عن المولى ثم اخذ الابق ياتي به الى
السلطان لان الاخذ لا يقدر على حفظ الابق بنفسه عادة
بخلاف اللقطة لان الملتقط يقدر على حفظها بنفسه ثم اذا
دفع الابق الى السلطان يحبسه السلطان ولو دفع الضالة
الى السلطان لا يحبسه لان الاخذ لا يؤمن على الابق من الاباق
ثانيا لانه ابق مرة بخلاف الضال لان الظاهر انه لا يابق فلا يحبسه
فاذا ادعى رجل ان الابق عبده لا يدفع السلطان اليه حتى
يقيم البينة انه عبده ويحلف بالله ما بعته ولا وهبته

ان الحسبة نادرة وان صيانة اموال الناس مندوب او واجب
ولهذا من ردّ الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعداً
فللرادّ على مولاه جعله اربعون درهما وان ردّه اقل من
ذلك فبحسابه وهذا الجعل استحسان لان الجعل اصله
عامل وباعث على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال
الناس ولان الصحابة اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان
من العلماء من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دون
الاربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دون
الاربعين فيما دون السفر توفيقا بين الخبرين والتقدير
بالسمع ورد في الابق ولا سمع في الضال فامتنع التقدير
في الضال فبقي على اصل القياس والقياس ان لا يكون له شيء
الا بالشرط لان الراد متبرع بمنافعه في ردّه على سيده والمتبرع
لا يكون له شيء الا بالشرط وقيل في الجعل فيما دون السفر
يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر فيجب لكل
يوم حصته فان كان الرد من مسيرة يوم يجب ثلثه ومن مسيرة
يومين يجب ثلثاه وان كانت قيمة العبد اقل من اربعين يقضى
للراد بقيمته الا درهما لان المقصود من الجعل حمل الغير على
الغير ليجيء مال المالك فينقص منه درهم ليسلم للمالك شيء
للمالك للفائدة وعند ابي يوسف للراد اربعون درهم
لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز
الصلح مع الراد على الزيادة على اربعين لتضمنه بطلان
التقدير الثابت شرعا بخلاف الصلح على الاقل فانه يجوز
لان الصلح حط منه وام الولد في هذا الجعل والمدبر في هذا

يكون

يكون بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى مشيه
من احياء ملك المتصرف ولو رد الراد بعد ممات المولى لا
جعل في ام الولد والمدبر لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن
لانه يصير ملكاً للوارث ولو كان الراد بالمولى او ابن المولى
والراد في عيال المولى او رد احد الزوجين على الاخر فلا جعل
لان هولاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق
الكتاب الاصل ان الابق في يد الاخذ امانة في يده اذا اشهد
على نفسه انه ياخذه ليرده على مالكه وان الراد في معنى البائع
من يد المالك والمردود عليه كالمشتري ولهذا ان ابق الابق
من يد الراد من المكان الذي وجده لا ضمان عليه لانه امانة في يده
عليه ولا جعل له ايضا لان الراد اذا كان في معنى البائع لا
يستحق ايفاء الثمن مع تعذر تسليم المبيع ولاجل ان الراد
في معنى البائع كان للراد ان يحبس الابق من المولى حتى يستوفي
الجعل كالبائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن واذا مات الابق
في يد الراد لا شيء عليه لان الراد في معنى البائع واذا مات المبيع
في يد البائع لا شيء عليه فكذا هنا ولو اعتق المولى ذلك
الابق كما لقيه المولى يجب الجعل للراد على المولى لان المولى
صار قابضا بالاعتاق كما يصير المشتري قابضا بالاعتاق قبل
القبض في العبد المشترى ويتاكد الثمن كذا هنا يتاكد الجعل
الاصل ان للبدل حكم المبدل ولهذا اذا باع المولى ذلك الابق
من يد الراد للابق قبل الرد الى المولى يصير المولى قابضا بالبيع
ويجب الجعل للراد على المولى لسلامة البدل للمولى وللبدل
حكم المبدل فيكون المولى قابضا ويجب الجعل على هذا الق

ولسائل ان يسال الرادّ يكون في معنى البائع من يد المالك
فكان ينبغي ان لا يجوز بيع المولى من يد الرادّ قبل قبض المولى
للنهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فاجيب بان ردّ الرادّ وان كان
بحكم المبيع لكنه بيع من وجه باعتبار الحبس وسقوط الجعل
بهلاك الابق كما يسقط الثمن بهلاك المبيع فاذا لم يكن الردّ
بيعا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم
يقبض فجاز بيع المولى على هذا الوجه الاصل ان الجعل لا يشرع
الا للردّ لاجل المالك لا لاسقاط الضمان عن ذمته وان الاصل
في عمل الانسان ان يعمل لنفسه ولهذا ينبغي لاخذ الابق اذا اخذه
ان يشهد انه يا خذه ليردّه فالاشهاد عليه حتم عند ابي حنيفة
ومحمد حتى لو ردّ الابق من لم يشهد عند الاخذ فلا جعل له
عندهما لان الاشهاد يدل على انه اخذه لمالك وترك الاشهاد
يدل على انه اخذه لنفسه لان الاصل ان يعمل الانسان لنفسه
فلما كان الاخذ واقعا على هذا الوجه يكون ضامنا فالردّ يكون
لاسقاط الضمان عن ذمته لا لاجل المالك فلا يجب الجعل و
صار كما اذا اشترى اجنبيّ ذلك الابق من الاخذ او تهبه اجنبيّ
من الاخذ او ورث ذلك الابق من الاخذ فردّه على مولاه فانه
لا جعل له لان المشتري او المتهب والوارث ردّه لنفسه لان
كلّ واحد منهم ضمن بالاخذ على هذا الوجه ولما ردّه ردّه لاسقاط
الضمان عن ذمته فكان الرادّ رادّا لنفسه لا لاجل المالك فلا
يجب الجعل الا اذا اشهد المشتري ونحوه انه اشتراه ليردّه على
سيّده فحينئذ له الجعل لانه حينئذ يكون رادّا لمالكه فيكون
له الجعل والمشتري من الاخذ يكون متبرعا في اداء الثمن فلا يرجع

بالثمن

بالثمن على المولى الاصل ان من وقع له العمل فمونته على من
وقع له العمل ولهذا لو كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان
الرادّ احيى مالية الابق بالرد والمالية حق المرتهن اذ استيفاء
المرتهن للدين يكون من مالية الرهن فالجعل يكون بمقابلة
احياء المالية فيكون الراد عاملا للمرتهن فيكون الجعل على المرتهن
لان العمل وقع للمرتهن والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان
الاصل ان الرهن لا يبطل بالموت ووجوب الجعل على المرتهن
اذا كانت قيمة الرهن مثل الدين او اقل من الدين فان كانت
قيمة الرهن اكثر من الدين فبقدر الدين على المرتهن والباقي على
الراهن لان حق المرتهن يكون بقدر المضمون وصار كثمن
دواء الرهن وتخليص الرهن بالفداء عن الجناية فان ثمن الدواء
او الفداء يكون بقدر المضمون على المرتهن وبقدر الامانة
على الراهن وان كان الابق مديونا فعلى المولى الجعل ان اختار
المولى قضاء الدين وان ابى المولى بيع المديون وبدئ في
ثمنه بالجعل والباقي يكون للغرماء لان الجعل مونة الملك
والملك في المديون كالموقوف فيجب الجعل على من يستقر الملك
له والعبد المديون اذا بيع كان الملك لستقر للغرماء معنى
لوصول بدل الملك اليهم وان كان الابق جانيا فعلى المولى الجعل
ان اختيار المولى الفداء لعود المنفعة الى المولى فيكون العمل
واقعا للمولى فيكون الجعل على المولى وان اختار المولى الدفع
لياء الجناية فالجعل يكون على الاولياء لعود المنفعة الى
الاولياء لان الراد احيى حق الاولياء فيكون العمل واقعا للمولى
...ون الجعل عليه لما ذكرناه وان كان الابق موهوبا فالجعل

يكون على الموهوب له لا على الواهب وان رجع الواهب في هبته
بعد الرد الى الموهوب له لان المنفعة للواهب ما حصلت برد
الابق الى الموهوب له بل المنفعة حصلت بترك الموهوب له
التصرف في الموهوب بعد الرد فان الموهوب له لو تصرف في
الموهوب بعد الرد تصرفا يبطل حق الرجوع كما تمكن الواهب
من الرجوع فلا يعود المنفعة بالرد على الواهب فاذا لم يعد المنفعة
الى الواهب لا يجب الجعل على الواهب لعدم وقوع العمل للواهب
وان كان الابق لصبي فالجعل يكون في ماله لان الجعل مونة
الملك والاصل ان مونة ملك الصبي يكون في مال الصبي
فيكون الجعل في مال الصبي على هذا الاصل ان من كان واليا
للرد كالسلطان والراهبان وشحنى كاربان فالجعل لا يكون له
ولهذا وان رد الابق وصي الصبي فلا جعل له لانه هو الذي
يتولى الرد فيه المفقود وهو غائب لم يدر موضعه وحيوته
ومونة الاصل ان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر
لنفسه ولان القاضي لا ولاية على الغائب الا في حفظ ماله
فكل تصرف يكون فيه الحفظ فهو جائز للقاضي في مال الغائب
وان الوكيل بقبض الحق من جانب القاضي لا يملك الخصومة
بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك
فعند ابي حنيفة يملك الخصومة وعندهما لا يملك ولهذا
اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم هو حي ام ميت
نصب القاضي من يحفظ مال الغائب ويقوم عليه وان لم
يطلب ورثته لان القاضي نصب مشفقا لكل عاجز والمفقود
بهذه الصفة فصار المفقود كالصبي والمجنون في العجز وفي

نصب الحافظ لمال الغائب في القائم عليه نظر للمفقود ويستوفي
القيم حق الغائب بلا خفاء انه يقبض غلاته الحاصلة من داره
وعقاره وضياعه ويقبض الدين الذي اقر به غريم من غرمائه
لان القبض من باب الحفظ ويخاصم القيم في دين وجب
بعقد القيم الذي نصبه القاضي لان العاقد اصيل في حقوق
العقد ولا يخاصم القيم في الذي تولاه المفقود ولا يخاصم
القيم في نصيب يكون للمفقود في عقار او عروض في يد رجل
لان القيم ليس بمالك ولا نائب عن المالك في الخصومة
وانما هو حافظ لمال الغائب اذا وصلت يده الى ذلك المال
ولا يكون ذلك لقيم الا الوكيل بالقبض من جهة القاضي وانه
لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من
من جهة المالك في الدين فعند ابي حنيفة يملك الخصومة و
عندهما لا يملك واذا كان وكيل القاضي غير مالك للخصومة
فان حكم القاضي بتنفيذ خصومة قيم المفقود يتضمن
ذلك الحكم قضاء على المفقود الغائب والاصل ان القضاء على
الغائب لا يجوز فاذا لم يجز القضاء لم يجز الخصومة لان
الخصومة يقع للحكم فلا يخاصم القيم في الذي تولاه المفقود
ولا في نصيب يكون للمفقود في عقار او غيرها الا اذا راه القاضي
وقضى به جاز لانه مجتهد فيه فان الاصل ان كون البينة حجة
بدون خصم حاضر مختلف فعندنا ليس بحجة وعند الشافعي
حجة فما يخاف عليه الفساد من متاع المفقود يبيعه القاضي
لان حفظ عينه متعذر فيميل الى حفظ ثمنه لان حفظ
الثمان ايسر ولا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة

ولا غيرها الا انه لا ولاية للقاضي على الغائب الا في حفظ ماله
فلا يسوغ للقاضي ترك حفظ الصورة وهو يمكن **فصل**
في نفقة زوجة المفقود واولاده الاصل ان كل من يستحق
النفقة في مال المفقود حال حضرة المفقود بغير قضاء القاضي
كالزوجة والاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور
الكبائر ينفق عليه من مال المفقود عند غيبته لان القضاء
حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها بحضرة المفقود الا
بالقضاء كالاخ والاخت والخال والخالة لا ينفق عليه من ماله
في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والاصل ان القضاء
على الغائب وللغائب ممتنع عندنا فلا ينفق عليهم من مال
المفقود ولهذا ينفق القاضي على زوجة المفقود واولاده
من ماله والمراد من قوله من ماله الدراهم والدنانير لان حق
هؤلاء في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في مال المفقود
يحتاج الى القضاء بقيمة المطعوم والملبوس والقيمة تكون
بالنقدين والتبر يكون بمنزلتها في هذا الحكم لان التبر
يصلح قيمة كالمضروب يصلح قيمة وهذا اذا كانت الدراهم
والدنانير في يد القاضي فان كانت الدراهم والدنانير وديعة
او دينا ينفق القاضي عليهم منهما اذا كان المودع والمديون
مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا الحكم
المذكور اذا لم يكن الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين
عند القاضي فان كان كل واحد ظاهرا عند القاضي فلا حاجة
الى اقرار المودع والمديون لان علم القاضي بذلك اقوى من
اقرارهما وان كان الوديعة والدين ظاهرين عند القاضي

يشترط اقرار المودع والمديون بالنكاح والنسب وان كان النكاح
والنسب عند القاضي يشترط اقرارهما بما ليس بظاهر عند القاضي
وهو الوديعة والدين هذا هو الصحيح الاصل ان القاضي نائب
عن الغائب فيكون امر القاضي في حق الغائب كامر الغائب و
الاصل ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا كان ما
يدعيه المدعي الحاضر للغائب سببا لما يدعيه الحاضر على
المدعى عليه وهو ثبوت حقه وذلك الحق ههنا النفقة
ولهذا لو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي
يضمن المودع ولا يبرء المديون عن دينه لانه ما ادى الى
صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي نافية
لان القاضي نائب في امره عن الغائب وان كان المودع والمودع
والمديون جاحدين الوديعة والدين او كانا جاحدين الزوجية
والنسب لم ينتصب احد من مستحق النفقة خصما في ذلك
لان ما يدعيه الحاضر للغائب وهو الدين والوديعة لم
يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لان النفقة تجب
في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يفرق بين المفقود
وبين امراته ان طلبت المراة ذلك لقوله عليه السلام في
امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رض
فيها فهي امراة ابتليت فليصبر حتى يستبين موت او طلاق
خلافا لمالك والشافعي واحمد فان عندهم اذا مضى اربع
سنين يفرق القاضي بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة
ثم تزوجت من شاءت فان عاد الزوج بعد العدة ولم
تتزوج بزوج اخر فهو احق بها وان تزوجت فلا سبيل له

عليها ولو قضى القاضي على قول مالك لمصلحة الناس ينفذ
قضاؤه لانه الاصل ان كل شيء فيه مصلحة الناس فهو جائز
للقاضي والسلطان واذا تم للمفقود مائة وعشرون سنة
من يوم ولد حكمنا بموته وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر الرواية يقدر موته بموت الاقران وفي المروي عن
ابي يوسف يقدر موته بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين
والارفق بالناس ان يقدر بتسعين وعليه الفتوى في زماننا
فصل في ارث المفقود الاصل ان المفقود حي في حق نفسه
فلا يقسم مال المفقود بين ورثته كانوا عاينا حيوته وميت
في حق غيره حتى لا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان
حيوة المفقود يثبت باستصحاب الحال فانا علمنا حيوة المفقود
فنستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه والاصل ان استصحاب
الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا
وفي الامتناع عن قسمة مال المفقود بين ورثته ابقاء ما كان
على ما كان وفي توريث المفقود من غيره اثبات امر لم يكن
ثابتا له واستصحاب الحال لا يصلح لاثبات امر فلا يرث المفقود
احدا ولان حيوة المفقود يكون باعتبار الظاهر والاصل
ان الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لثبوت الاستحقاق
فلا يستحق المفقود باعتبار الظاهر ميراث غيره ويدفع استحقاق
ورثته لماله وان الموت الحكمي يعتبر بالموت الحقيقي ولهذا
اذا حكم القاضي بموت المفقود اعتدت امراته عدة الوفاة
من ذلك الوقت وقسم مال المفقود بين ورثته الموجودين
في الوقت الذي حكم القاضي بموت المفقود كان المفقود مات

في ذلك

في ذلك الوقت معاينة اذ الموت الحكمي معتبر بالحقيقي ومن
مات قبل الحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود لان المفقود
لم يحكم بموته في تلك المدة كما اذا كان حيوة المفقود معلومة
ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاء المفقود حيا
في ذلك الوقت ثبت باستصحاب الحال والاصل ان استصحاب
الحال حجة لدفع الاستحقاق لا في الاستحقاق ومعنى قولنا الا
يرث المفقود من احد ان نصيب المفقود من الميراث لا
يصير ملكا للمفقود اما نصيب المفقود من الارث فيتوقف
لان حيوة المفقود محتملة والمحتمل يكفي للتوقف فان ظهر
المفقود حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ
تسعين سنة فما وقف للمفقود يرد على ورثة صاحب المال يوم
مات صاحب المال وكذلك لو اوصى رجل للمفقود ومات
الموصي لم يقض للمفقود بها لان الوصية اخت الميراث
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود ولكنه ينقص
حقه بالمفقود يعطي ذلك الوارث اقل النصيبين ويوقف
الباقي وان كان مع المفقود وارث يحجب بالمفقود لا يعطى ذلك
الوارث اصلا كصورة رجل مات عن ابنتين وابن مفقود
وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادق الاجنبي
والورثة على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان
النصف لا الثلثين لان النصف متيقن به لان النصف اقل
النصيبين ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم
يحجبون بالمفقود لو كان المفقود حيا فلا يستحق ولد ابن
الميت الميراث بالشك ولا ينزع النصف الاخر من يد ذلك الاجنبي

الاصل ان المال لا يخرج من يد ذي اليد بلا خصم الا اذا ظهر
منه خيانة فحينئذ ينزع من يده ذي اليد ولو لم يتصادق
بان قال الاجنبي الذي في يديه المال قد مات الابن المفقود
قبل ابيه وصدقته الابنتان وكذبه ولد الابن فان الاجنبي
يجبر على تسليم الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما
يديه للبنتين معتبر وقد اقر ذو اليد بان ثلثي ما في يده للبنتين
فيجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمتنع صحة اقرار الاجنبي بقول
اولاد الابن ان ابانا مفقود لان اولاد الابن بهذا القول لا
يدعون لانفسهم شيئا فلا يكون اقرار الاجنبي ابطالا لحق
الغير فلا يمتنع صحة اقراره ثم يوقف الثلث الباقي في يد ذي
اليد حتى يظهر مستحقه ونظير هذا الحمل فان الحمل يوقف له ميراث
ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث آخر ان كان
ذلك الوارث لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل بان تركت امراة
حاملا او جدة فللجدة السدس لانه لا يتغير فرضها يعطى كل
نصيبه وان كان ذلك الوارث ممن يسقط بالحمل بان تركت
امراة حاملا او اخا او عما لا يعطى الاخ او العم شيئا لانه من الجائز
ان يكون ابنا فيسقط مع الابن الاخ والعم ونحوهما او كان ذلك
الوارث ممن يتغير بالحمل بان يكون الورثة امراة حاملا او اما
فان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم
يكن حيا فهما ترثان الربع للزوجة والثلث للام يعطى الاقل
من النصيبين للتيقن به كما في المفقود وقد شرح في الكفاية
باتم من هذا وذكر صدر الاسلام ابو اليسر في كتاب المفقود ولا
يكون للقاضي ان يقضي في مال الغائب المفقود ولا عليه شيئا

من

من احكام الموتى حتى يسمع البينة على موته الشركة
جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملون فـ
الاصل في شركة الاملاك وركن هذه الشركة اجتماع النصيبين
وحكمها وقوع الزيادة على الشركة بقدر الملك وهي ان يملك
اثنان عينا ارثا او شراء او هبة او صدقة او وصية او استيلاء
ويختلط مالهما بلا صنع من احدهما او يخلط بحيث لا يتميز
اصلا كالبر مع البر او يكون التميز بحرج كالبر مع الشعير ولا
يجوز لاحد الشريكين في هذه الشركة ان يتصرف بالتجارة او
بالانتفاع في نصيب الاخر الا بامر الاخر وكل واحد منهما في هذه
الشركة في نصيب صاحبه كالاجنبي ولو تصرف بغير امره
فالربح للمتصرف وحده ويضمن المتصرف للاخر ويجوز
بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه
بغير اذن شريكه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز
البيع من غير شريكه الا باذن شريكه وقد ذكر الفرق بينهما في
كفاية المنتهى فصل في شركة العقود وركنها الايجاب والقبول
بان يقول احدهما شاركتك في كذا او كذا او يقول الاخر قبلت
وحكمها حصول الربح على الشركة على ما شرطا في العقد وشرطها
ان يكون التصرف الذي عقد عليه عقد الشركة قابلا للوكالة
ليكون ما يستفاد من مال الشركة مشتركا بينهما فيتحقق حكم
المطلوب وهو حصول الربح على الشركة على ما شرطا في العقد
فان ما يقبل الوكالة يصح الشركة فيه وان ما لا يقبل الوكالة
كالاصطياد لم يصح الشركة فيه فيكون المستفاد منه للعامل
ولا يتعدى الى غيره العقد اربعة اوجه شركة مفاوضة وشركة

عنان وشركة تقبل أي شركة وجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان
يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما فلا يصح بين غنيين مختلفين
مقدار مالهما ويتساويان في تصرفهما فلا يصح بين عبد وحر
لعدم التساوي في التصرف ويتساويان في دينهما فلا يجوز
بين مسلم وكافر لان المفاوضة شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ شركة
المفاوضة مشتق من المساواة فلا بد من تحقيق المساواة في
شركة المفاوضة ابتداءً وانتهاءً وتلك المساواة يكون معتبرا
فيما يصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير ولا يعتبر تفاضل
احد الشريكين فيما لا يصح الشركة فيه كالعروض والعقار و
الديون على الناس وكذا يعتبر المساواة في تصرفهما لان احد
الشريكين لو ملك تصرفا لا يملكه الاخر فات التساوي فاذا فات
التساوي فاتت المفاوضة وكذا يعتبر المساواة في الدين لما
نبين انشاء الله وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا
لقوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وفي القياس لا
يجوز شركة المفاوضة لان المفاوضة تضمنت الوكالة بمجهول
الجنس وتضمنت الكفالة لمجهول وهو المكفول له وكل ذلك
بانفراده فاسد فعند الانضمام اولى ان يفسد فلا يجوز
شركة المفاوضة على هذا الوجه ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة
لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه
المفاوضة يجوز لان المعتبر في العقد هو المعنى ويجوز شركة
المفاوضة بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لوجود
التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا يجوز ايضا

لوجود التساوي بينهما في الملك والتصرف واهلية الوكالة
والكفالة ولا يجوز شركة المفاوضة بين الحر والمملوك ولا بين الصبي
والبالغ لانعدام التساوي لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة
والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك
الكفالة اذن وليه او لا يملك التصرف الا باذن الولي ويجوز
المفاوضة بين المسلم والكافر عند ابي يوسف ويكره لوجود التساوي
بينهما في الكفالة والوكالة على الاطلاق ولا معتبر بزيادة تصرف
يملك احدهما كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي فانها جائزة و
يتفاوتان في التصرف في متروك التسمية فانه يجوز التصرف
في متروك التسمية للشفعوي لانه يحل عنده ولا يجوز للحنفي
لانه حرام عنده الا ان المفاوضة يكره بين المسلم والذمي لان
الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود الفاسدة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز المفاوضة بين المسلم والذمي لعدم التساوي
في التصرف فان الذمي لو اشترى براس المال خمرا او خنازير صح
ولا يصح في حق المسلم ولا يجوز المفاوضة بين العبدين ولا
بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة والمفاوضة
تضمنت الكفالة فلا يجوز المفاوضة على هذا الوجه وفي كل
موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك الشرط
المفقود في العنان صارت المفاوضة عنانا لاستجماع شرائط العنان
ان شرط المفاوضة ان يكون التصرف الذي عقد عليه
... قابلا للوكالة ليكون ما اشترى في الشركة مشتركا
... فيتحقق حكم الشركة وهو حصول الربح على
... المفاوضة مشتق من المساوات وان الاشتراك

للمعلوم بدلالة الحال او العرف كالاستثناء المشروط وهو
ثم عقد المفاوضة على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقيق المقصود
وهو الشركة في المال الذي اشتري واما الكفالة فلتحقيق المساواة
فيما هو من مواجب التجارة وهو توجه مطالبة الثمن وتسليم
المبيع ونحوهما اذ المفاوضة تنبئ عن المساواة وما يشتريه كل
واحد من المفاوضين يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوة
اهله وكسوته والادام فانه لا يكون على الشركة لان مقتضى عقد
المفاوضة المساواة وكل واحد من المفاوضين قائم مقام
صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما فاذا كان كذلك
يكون ما يشتري واقعا على الشركة على هذا الوجه الا ما
لان طعام اهله ونحوه مستثنى عن مقتضى المفاوضة
فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع والاستثناء
الحال كالاستثناء المشروط ولا يمكن ايجاب طعا
وكسوته على صاحبه اذ كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة
يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولا بد من شراء الطعام
لهما فيختص شراء الطعام بالمشتري ضرورة استحسانا والقياس
ان يكون على الشركة لان هذا العقد من عقود التجارة فكان من
جنس ما تناوله عقد الشركة ولبائع الطعام والكسوة وغيرهما
ان ياخذ بالثمن ايهما شاء وان لم يقع الطعام والكسوة
الشركة فياخذ المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة
الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه
مال مشترك بينهما وما يلزم كل واحد من المفاوضين
ابصح فيه الشركة فالاخر ضامن له تحقيقا

ي نبي مقتضى شركة المفاوضة فكل شيء يكون تجارة ومبني مبادلة
المال بالمال كالبيع والشراء او يكون فيه معنى التجارة كالاستيجار
وما اشبهه كالغصب والاستهلاك والكفالة بالمال بالامر و
الاعارة للرهن فالشركة فيه صحيح ومما لا يصلح فيه الاشتراك
الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلا يضمن
احد المفاوضين لكونها ليست بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال
ولو كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي بامره لا يلزم صاحبه
عند ابي يوسف ومحمد لان الكفالة تبرع ولهذا لا يصح الكفالة
من الصبي والعبد الماذون في التجارة والمكاتب لان التبرع
من هؤلاء لا يجوز ولو صدرت الكفالة من المريض يصح من الثلث
لان الكفالة تبرع وتبرع المريض لا يصح الا من الثلث وصار
كما لو اقرض احد المتفاوضين او تكفل بالنفس لا يلزم الاخر فكذا
هنا لا يلزم الاخر وقال ابو حنيفة لزم صاحبه لان الاصل ان
الكفالة تبرع ابتداء لانه ابتدء ما ليس بلازم عليه ومعاوضة
بقاء لانه يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي الى
المكفول له اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه فبالنظر الى البقاء
يتضمنه المفاوضة لوجود معنى التجارة فيه وهو المعاوضة
وبالنظر الى ابتداء الكفالة لا يتضمنه المفاوضة لانعدام معنى
التجارة وهو المعاوضة فلم يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب
ولا يصح الكفالة بالمال من المريض الا من الثلث لوجود معنى التبرع
ابتداء بخلاف الكفالة بالنفس حيث لا يلزم الاخر لانه تبرع ابتداء
[illegible] ني التجارة فلا يلزم صاحبه واما
[illegible] فعن ابي حنيفة انه يلزم شريكه لوجود

معنى التجارة فيه انتهاءً فيلزم شريكه وفي رواية عن ابي [illegible]
زم شريكه لان الاصل ان الاقراض عارة والاعارة عقد
للمنافع بغير بدل الا ان الانتفاع بالدراهم والدنانير لا
يكون الا باستهلاكها فحكم الشرع باداء المثل صورة ومعنى دفعاً
لحاجة الناس فيكون لمثل الدراهم والدنانير حكم عينها لا حكم
العوض ولهذا لا يصح في الاقراض الاجل لان الاجل لا يصح الا
في المعاوضة فلا يتحقق معنى المعاوضة فلا يكون الاقراض على
هذا الوجه فلا يلزم شريكه ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم
شريكه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة بقاءً فلا يكون تجارة
فلا يلزم شريكه وضمان غصب احد المتفاوضين والاستهلاك
كون بمنزلة كفالة احد المتفاوضين عند ابي حنيفة لوجود
معنى المفاوضة انتهاءً فيكون تجارةً فيلزم شريكه الاصل
ان المساواة في ملكهما فيما يصلح راس المال شرط للمفاوضة ابتداءً
وبقاءً وان العقد اذا كان غير لازم كالاعارة والوكالة يكون له
والبقاء حكم الابتداء ولهذا ان ورث احد المتفاوضين ما يصح
الشركة فيه كالدراهم والدنانير او وهب له ووصل الى يده
بطلت المفاوضة وصارت عناناً لانعدام شرط المفاوضة وهي
المساواة فيما يصلح راس مال الشركة الا ان المفاوضة تنقلب عناناً
لان المساواة في ملك راس العنان ليست بشرط في العنان
ولسائل ان يسال ان المساواة ليست بشرط بقاء فاجيب بان ولد
وام الشركة حكم ابتداء عقد الشركة لكون [illegible]
حتى اذا امتنع احدهما عن المضي على موجب [illegible]
على ذلك ثم المفاوضة في النقود في الا[illegible]

…ع بقاءها وان ورث احد المتفاوضين عرضا فهو له ولا
يفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح الشركة فيه فلا يشترط
المساواة ولو اقر احد المفاوضين بدين لمن لم يجز شهادته له
بولادا وزوجية لا يلزم الاخر عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه
واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما
الاصل ان ربح ما لم يملك وما لم يضمن حرام في الشرع وان
خلط مال الشريكين ليس بشرط عندنا ولهذا لا ينعقد الشركة
في المال مفاوضة كانت او عنانا الا بالدراهم والدنانير و الفلوس
الرائجة لان عقد الشركة اذا وقع في العروض والمكيل والموزون
لم يدخل ذلك العروض في ملكهما مشتركا فيؤدي الى ربح ما لم
يملك وما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد من الشريكين راس ماله
وهو عروض وفضل ثمن البيع على ثمن الشراء فما يستحقه احدهما
من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك وذا حرام
فلا يجوز الشركة بين النقدين على هذا الوجه بخلاف الدراهم
والدنانير حيث لا يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان ما يشتري
كل واحد من الشريكين براس المال لا يتعلق الشراء براس المال
لعدم تعينهما بالتعيين في العقود فيكون الثمن واجبا على
ذمة الشريكين فيكون المبيع داخلا في ملكهما فكان الربح ما
يملك وما يضمن فيكون الشركة مختصة بالنقدين على هذا
الوجه واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان
فاخذت حكم الاثمان فالتحقت بالاثمان وقال اكثر العلماء هنا
… بالنقود عنده حتى لا يتعين
…نيفة وابي يوسف لا يجوز الشركة

والمضاربة بالفلوس لان ثمنية الفلوس تتبدل ساعة فساعة
لزوال اصطلاح الناس وتصير سلعة فلا يجوز الشركة بالسلعة
وعن ابي حنيفة انه صحت المضاربة بالفلوس الرائجة ولا يجوز
الشركة والمضاربة بما سوى ذلك من التبر والمكيل والموزون
والعددي المتقارب كالجوز والبيض الا ان يتعامل الناس
بالتبر والنقرة فحينئذ تصح الشركة بهما الا ان التعامل
بمنزلة الضرب فيكون التبر ونحوه ثمنا فيصلح راس المال يترك
فتصح الشركة بهما على هذا الوجه هكذا ذكر في بعض كتب الفقه
وذكر في الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب
او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية يكون التبر راس المال
في المضاربات والشركة فلا يصح المفاوضة بالتبر على هذا الوجه
وذكر في كتاب الصرف من الاصل ان النقرة لا تتعين بالتعيين
حتى لا ينفسخ العقد بهلاك النقرة قبل تسليمها فعلى هذه
الرواية تصلح النقرة راس المال في الشركة والمضاربة لان التبر
والنقرة خلقا ثمنين في الاصل فيعتبر الاصل الا ان رواية
جامع الصغير اصح لان الاصل ان التبر والنقرة وان خلقت
في الاصل للتجارة لكن الثمنية يختص بالضرب المخصوص لان
عند الضرب لا يصرف الى شيء اخر الا ان يجري التعامل في
البلد باستعمال التبر والنقرة ثمنا فحينئذ يكون ثمنا
بلا ضرب فتصح الشركة بهما في ذلك البلد وفي كل بلدة لم يجري
التعامل بالمبايعة بالتبر والنقرة فهما كالعروض يتعين
بالتعيين في العقود فلا يصح الشركة بهما في ذلك البلد واما
المكيل والموزون وغيرهما فلا تصح الشركة بهم اتفاقا

الخلط

لط سواء كان راس المال من جنس واحد او من جنسين مختلفين
ولكل واحد متاعه وعلى كل واحد نقصانه ووضيعته
خلطا المكيل والموزون او العددي المتقارب كالجوز
ثم اشتركا والجنس واحد لا يصح الشركة عند ابي يوسف
المخلوط مشتركا بينهما ويكون الشركة شركة ملك لا شركة
عقد هذا في ظاهر الرواية لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط
كما يتعين قبل الخلط فيصير فيه ربح ما لم يضمن كما تقدم
وهو حرام فلا يكون هذه الشركة شركة عقد عند ابي يوسف
على هذا الوجه وعند محمد يكون شركة لان المكيل والموزون
...جر حتى جاز البيع بهما دينا في الذمة وهذا من احكام
...مبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فلشبهه
...لم يصح الشركة قبل الخلط ولشبهه بالثمن صحت الشركة
...به بعد الخلط توفيرا حظهما على الشبهين بخلاف العروض
لانها ليست بثمن بحال ولو خلطا ثم اشتركا والجنس مختلف
كالحنطة والشعير والزيت والسمن لا ينعقد الشركة شركة
العقد بها بالاتفاق وينعقد شركة ملك اما عند ابي يوسف
فلانه يتعين بالتعيين فيصير فيه ربح ما لم يضمن وذا
حرام في الشرع فلا ينعقد به الشركة واما عند محمد فلان
المخلوط من جنس واحد كان من ذوات الامثال بدليل
انه لو اتلف المخلوط الذي من جنس واحد يجب مثله قضا
عن ثلة الاثمان في المثلية والمخلوط من جنسين كان من
ذوات القيم ولهذا يجب على متلفه القيمة وكان المخلوط
...منزلة العروض في ذوات القيم فلا يصح الشركة به فاذا لم

يصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه والحاصل ان [illegible]
في المال لا يكون الا في الدراهم والدنانير والفلو[س]
بخلاف المفاوضة في شركة الوجوه والتقبل حيث يحتاج
الى النقدين لانه لا مال فيهما سواء كانا مفاوضة او عنانا و
اذا اراد الشركة فالحيلة ان يبيع كل واحد منهما نصف عرض
نفسه بنصف عرض صاحبه حتى صار عرض كل واحد
مشتركا شركة ملك ثم يعقدان عقد الشركة بعد انشاء.
مفاوضة او عنانا فيصير العروض راس مال الشركة ولا يكون
فيه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بل يكون فيه ربح ما
يملك وما يضمن فيجوز على هذا الوجه الاصل ان حكم التصرف
لا يثبت بخلاف مقتضى لفظ ذلك التصرف ولهذا ينعقد
شركة العنان على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك
اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات
ولا يذكران الكفالة وان شرطا الكفالة فهو على ما شرطا و
انعقاده على الوكالة ليتحقق مقصوده وهو التصرف
في مال الغير اذ لا يكون ذلك التصرف الا بالوكالة عند عدم
الولاية دون الكفالة ولا ينعقد هذه الشركة على الكفالة لان
الاصل ان لفظ العنان مشتق من الاعتراض يقال عن له
اي اعترض ولفظ العنان لا ينبئ على الكفالة وحكم التصرف
لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ فلا ينعقد شركة العنان
على الكفالة لعدم انباء لفظة العنان عن الكفالة ويصح
شركة العنان مع التساوي في المال والتفاضل في الربح
مع التفاضل في المال والتساوي في الربح لقوله عليه السلام

على ما شرطا والوضيعة اي الخسران على قدر المالين ولم يفضل
وقال زفر لا يجوز التفاضل في الربح لان التفاضل في الربح يؤدي
الى ربح ما لم يضمن وهو حرام في الشرع فان المال اذا كان نصفين
والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحق الزيادة بلا ضمان اذ
الضمان بقدر راس المال ولهذا يصح شرط الوضيعة على قدر
راس المال فكذا الربح على قدر راس المال ولو اشترط جميع
الربح لاحد الشريكين لا يجوز لان العقد يخرج بذلك الاشتراط
عن الشركة وذا لا يجوز الاصل ان المساواة في المال ليس بشرط
في العنان اذ لفظ العنان لا يقتضيه ولهذا يجوز ان يعقد شركة
العنان كل واحد من الشريكين ببعض ماله دون البعض لهذا
الاصل ولا يصح بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة للوجه
الذي ذكرناه في المفاوضة الاصل ان خلط مال احد الشريكين
بمال الاخر ليس بعد عقد الشركة بشرط عندنا خلافا لزفر فان عنده
بشرط ولهذا يجوز ان يشتركا اي شركة كانت مفاوضة او
عنانا والحال انه من جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم وكذا
من احدهما دراهم بيض من الفضة ومن الاخر سود لعدم
اشتراط الخلط عندنا وقال زفر لا يجوز لان الخلط شرط عنده
زفر ولا يتحقق الخلط في مختلفي الجنسين الاصل ان شركة العنان
يتضمن الوكالة دون الكفالة ولهذا ما اشتراه كل واحد من
شريكي العنان طولب المشتري بثمنه دون الاخر لما بيناه
والوكيل هو الاصل في حقوق العقد فيتوجه مطالبة الثمن
الى الوكيل دون موكله ثم يرجع المؤدي على شريكه بحصته
منه اذا ادى المؤدي من مال نفسه لا من مال الشركة لانه

كما من جهة الشريك في حصته فاذا نفذ الوكيل من مال نفسه
على الموكل ... ان القول للمنكر مع يمينه فان كان الشريك
لا يعرف نقد ... الثمن من مال نفسه العاقد الا بقول العاقد ...
العاقد اقامة البينة لان الشريك العاقد يدعي وجوب (المال)
... الاخر وهو ينكر والقول للمنكر ان عجز (المدعي)
عن اقامة البينة في ثلث مجالس القاضي الاصل ان المعقود
في عقد الشركة كالمال اذا هلك قبل قبضه يبطل العقد كما
يبطل العقد في البيع اذا العقد لا يبقى قبل قبضه بدون محل
العقد كما لا يثبت العقد اولا بلا محل العقد بخلاف المضاربة
حيث لا يبطل المضاربة بهلاك المال الذي عين (اي عقد الشركة) ...
و... فالوكالة المفردة عن عقد الرهن والشركة ...
لا ... يبطل ايضا لانه لا يتعين فيهما بالتعيين وا...
بالقبض ولهذا اذا هلك مال الشركة كلها او بعضها قبل
الخلط وقبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان ...
في الشركة المال في عقد الهبة والوصية والخلط والشراء
يكون بمنزلة القبض الذي يكون في البيع وبهلاك
المعقود عليه قبل قبضه يبطل العقد فيبطل الشركة
وبطلان الشركة ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا
هلك احد المالين لان الشريك ما رضي بشركة صاحبه
في ماله الا ليشركه في مال صاحبه واذا فات ذلك (الشريك)
لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته واي
المالين هلك قبل الخلط هلك على ربه ان هلك في ...
فظاهر وكذا اذا هلك في يد الاخر قبل الخلط هلك ...

فان المال في عقد الشركة يتعين كما يتعين المالك

في يد الاخر بخلاف ما بعد الخلط فانه يهلك على
الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان
اشترى احدهما قبل الخلط بماله وهلك مال الاخر قبل
ان يشتري الاخر بماله شيئا فالمشتري يقع بينهما على
ما شرطا والمال يهلك على ربه لان الملك حين وقع مشتركا
بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم وهو وقوع
الملك بينهما بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة في
هذه الصورة شركة عقد عند محمد حتى ان ايهما باعه
جاز بيع الكل عند محمد لان عقد الشركة قد تمت في
المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمام الشركة خلافا
لحسن ابن زياد فان عنده هذه الشركة شركة ملك فلا
يجوز بيع احد الشريكين الا في حصته عند حسن ابن
زياد لان شركة العقد قد بطلت عنده وصارت شركة
ملك وشركة ملك لا يتضمن الوكالة فلا يجوز بيعه
الا في حصته على هذا الوجه ويرجع المشتري بعد هلاك
مال الاخر على شريكه بحصته من الثمن لان المشتري
اشترى نصفه باصالته ونصفه بوكالته وتقد الثمن
من مال نفسه فيرجع هذا الحكم المذكور اذا اشترى
احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك
مال احدهما ثم اشترى الاخر بالمال الاخر ان صرحا بالوكالة
صراحة في عقد الشركة فالمشتري يقع مشتركا بين الشريكين
على ما شرطا في العقد لان الشركة ان بطلت بهلاك احد
المالين فالوكالة المصرحة بها في العقد قائمة فكان المشتري

نهما مشتركا بحكم الوكالة المصرحة في العقد ويكون شر
حق لا يملك احدهما ان يتصرف في نصيب الاخر
باذنه لان شركة ملك لا يتضمن الوكالة اصلا ويرجع
المشتري على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكر
مجرد عقد الشركة ولم ينصا على الوكالة في ذلك العقد كان
المشتري واقعا للذي اشتراه خاصة لان وقوع المشتري على
الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت الشركة
يبطل ما في ضمنها لان الاصل ان في فوات المضمن فوات
المتضمن بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لان هذه
وكالة مقصودة فلا يبطل ببطلان الشركة ان الشركة
في الربح مستندة الى عقد الشركة دون راس المال لان
العقد يسمى عقد الشركة ولا بد من تحقيق معنى هذا
الاسم في هذا الاسم فلم يثبت الشركة في راس المال فلم
يكن الخلط في راس المال شرطا فلا يشترط اتحاد الجنس
في مال الشريكين ولهذا يجوز الشركة وان لم يخلط المال
لان الخلط ليس بشرط ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في البيع والشراء عندنا فلا يستفاد الربح براس المال في
الشركة لعدم التعين بالتعيين وانما يستفاد الربح بالتصرف
فلا يحتاج الى خلط مال الشريكين لان الربح لو كان
مستفادا براس المال يحتاج الى الخلط لان الربح فرع
المال والربح مشترك ولا يقع الربح الفرع على الشركة الا
بعد الشركة في الاصل والشركة يكون بالخلط فيحتاج
واذا لم يستفد الربح براس المال لا يحتاج الى الخلط

المال

تحققت الشركة بدون خلط راس المال
الذي يستفيد بالتصرف وهو الربح
المال وصار كالمضاربة في جعل الربح
في المضاربة وان لم يشترك الاصل فيها فاذا كان
يجوز الشركة وان لم يخلط المال هذا عندنا وعند
لا يجوز الشركة لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة
الا بعد الشركة في الاصل وتصح شركة التقبل والوجوه
عندنا لان الشركة في الربح مستندة الى عقد الشركة
لا الى راس المال فلا يحتاج الى المال فيهما فيصحان ولا
عنده فلانعدام المال فيهما الا ان كل شرط يوجب انقطاع
الشركة في شيء فهو غير جائز في الشركة ولهذا لا يجوز
اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الربح الا قدر المسمى
لاحدهما فيكون هذا تغييرا للمشروع ونظيره في المزارعة
الاصل ان المعتاد عرفا كالمشروط شرطا في المعاملات
ما لم يرد النص فيه صريحا ولهذا جاز لكل واحد من
المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال وهو ان
يدفع مال التجارة الى رجل ليبيعه او يشتري به بلا اجر
لان ابضاع المال معتاد في عقد الشركة ولان كل واحد
منهما ان يستاجر على العمل وتحصيل العمل بغير عوض
فوق الاستيجار على العمل فاذا ملك الاستيجار على العمل
ملك العمل بلا استيجار والعمل من غير استيجار هو الابضاع
فملك ذلك الابضاع ولكل واحد منهما ان يودع

المال لان الايداع معتاد ولا بد للتاجر منه بدا ولكل
واحد منهما ان يدفع المال مضاربة لان المضاربة دون
الشركة والاصل ان الاعلى يتضمن الادنى فيتضمن الشركة
المضاربة على هذا الوجه والاصل ان الشيء لا يتضمن مثله
بل دونه وله هنا روي عن ابي حنيفة انه ليس لاحد الشريكين
ان يدفع المال مضاربة لان عقد المضاربة نوع شركة مستقلة
والشيء لا يتضمن مثله فلا يدفع المال مضاربة على
هذا الوجه والرواية الاولى اصح وهو رواية الاصول لان
الشركة في المضاربة ليست بمقصودة وانما المقصود
في المضاربة تحصيل الربح والشريك قادر في شركة
العنان على تحصيل الربح فيكون المضاربة داخلة
تحت عقد الشركة فيملك احد الشريكين كما اذا استاجر
احد الشريكين رجلا باجر مضمون اي يجب في ذمة
المستاجر ربح او لم يربح فان الاستيجار يصح في عقد
الشركة فكذا يصح المضاربة في الشركة بل عقد المضاربة
اولى ان يصح من الاستيجار لان عقد المضاربة تحصيل
للربح بدون ضمان في ذمة لا على رب المال ولا على المضارب
لان المضاربة استيجار رب المال للمضارب بالربح على
العمل من غير ان يكون ذلك الاستيجار مضمونا في الذمة
بل يكون ذلك الاستيجار في الربح فيكون المضاربة اولى
على هذا الوجه بخلاف الشركة حيث لا يجوز لاحدهما
ان يعقد عقد شركة المفاوضة والعنان بلا اذن صاحبه
لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يجوز لاحدهما ان يعقد

الشركة

الشركة بلا اذن صاحبه على هذا الوجه الاصل ان كل شيء يكون
من توابع التجارة فهو جائز في الشركة وان قبض المال
باذن المالك لا على وجه البدل ولا على وجه الوثيقة امانة
ولهذا يوكل كل واحد من الشريكين من يتصرف في الشركة
بيعا وشراء لان التوكيل بهما من توابع التجارة والشركة انعقد
للتجارة فيجوز لكل واحد منهما ان يوكل بخلاف الوكيل
بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب
منه تحصيل العين فلا يتضمن مثله ويد كل واحد من
الشريكين يد امانة لوجود قبض المال باذن المالك لا على
وجه البدل ولا على وجه الوثيقة فصار مال الشركة في
يدهما كالوديعة على هذا الوجه الاصل ان المقصود من
الشركة تحصيل الربح المشترك والمشترك في الربح مستند
الى عقد الشركة دون راس المال عندنا ولهذا جاز شركة الصنائع
والاعمال عندنا ويسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان
والنساجان يشتركون على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب
بينهما وهذا عندنا لان المقصود من هذه الشركة تحصيل
الربح وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا
في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط
فيه اتحاد العمل حتى لو كان احدهما خياطا والاخر نساجا
او صباغا يجوز ولا يشترط اتحاد المكان فانه لو عمل احد
الشريكين في دكان والاخر في دكان اخر يجوز عندنا لان
المعنى المجوز للشركة لا يتفاوت باختلاف العمل والمكان
وباتحادهما وذلك المعنى تحصيل الربح فلا يشترط اتحاد

ولما كان الحكم التفاوت لان الاصل ان ربح ما لم يضمن حرام لما
في الشرع الا في المضاربة وان المنافع لا يتقوم الا بالعقد وهذا
[illegible] العمل ضعفين في شركة التقبل وشرط المال الحاصل
من العمل [illegible] اثلاثا لا يجوز في القياس لان الاصل ان الضمان في
الاصل [illegible] والهلاك عند ابي يوسف ومحمد يكون بقدر ما شرط
من العمل فالزيادة في الربح على قدر العمل ربح ما لم يضمن وهو
حرام فلم يجز العقد لتاديته الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة
الوجوه فان فيها لا يصح شرط التفاوت في الربح فكذا لا يصح
شرط التفاوت في الربح في التقبل وفي الاستحسان يجوز
لان ما ياخذه في التقبل لا ياخذه ربحا لان الربح لا يظهر في
وقت الا اذا كان من جنس راس المال وراس المال العمل
في التقبل فلم يكن الماخوذ في التقبل ربحا على هذا الوجه لانعدامه
من جنس راس المال فكان الربح في التقبل بدل العمل والعمل
يتقوم بالتقويم اذ المنافع يتقوم بالعقد فمنفعة كل
واحد من الشريكين تتقوم بقدر ما شرطه من الربح فلا
يلزم من ذلك ربح ما لم يضمن فلا يحرم الزيادة في الربح
على قدر العمل بخلاف شركة الوجوه حيث يحرم الزيادة
في الربح لان الربح في شركة الوجوه كان من جنس راس المال
لما سيجيء فصار ذلك الربح ربح ما لم يضمن وربح ما لم
يضمن لا يجوز الا في المضاربة وشركة التقبل قد يكون
عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة
وما يتقبله كل واحد من الشريكين من العمل يلزمه
ويلزم شريكه فكان كل واحد من الشريكين في استيفاء

فيما وجب على الشريك الاخر من العمل بمنزلة التكفيل ولهذا
كل واحد يكون مطالبا بالعمل وفي اخذ ما وجب للشريك
الاخر من الاجر بمنزلة الوكيل ولهذا يطالب كل واحد من
الشريكين بالاجر ويبرء الدافع للاجرة بالدفع الى كل واحد
منهما لوجود الوكالة وهذه الكفالة ظاهرة في المفاوضة
من شركة التقبل بان اشترطا في شركة التقبل ان يكون قبول
الاعمال منهما والعمل يكون بينهما والربح والوضيعة يكون
بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى يراعى فيهما
شرائط المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتا في شيء
مما ذكرنا فهي شركة عنان حتى يراعى فيها شرائط العنان
لفوات معنى المفاوضة وفي غير المفاوضة كون كل واحد كفيلا
مع الوكيل استحسان لا قياس لان القياس ترك لان الشركة خلاف م
وقعت مطلقة والاصل ان المطلق اذا وقع في المعاملات
ينصرف الى المعتاد والمعتاد فيما بين الناس شركة العنان
والكفالة مقتضى المفاوضة فلا يكون كل واحد من الشريكين
كفيلا على هذا الوجه بل يكون كفيلا وجه الاستحسان ان
شركة التقبل مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله
كل واحد منهما من العمل فالعمل مضمون على الشريك الاخر
ولهذا يستحق الاخر الاجر بسبب نفاذ تقبل كل واحد
العمل يكون على الشريك الاخر فجرى هذه الشركة مجرى المفاوضة
في ضمان العمل على الاخر واقتضاء البدل الا في ما عدا ذلك
حتى قال الجمهور اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او
اشنان مستهلك لم يصدق على شريكه ويلزمه خاصة لان

التضمين على المفاوضة لم يوجد منهما ولا صار ان نفاذ الاقرار
[illegible] فاوضة لا موجب لعنان فصل في شركة
الوجوه ان نفاذ التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية
وان الربح لا يستحق الا بالمال كرب المال او بالعمل كالمضارب
او بالضمان كالاستاذ اذا تقبل الاعمال والقاه على تلميذه
باقل من الاجر الذي تقبل العمل طاب الفضل للاستاذ
بالضمان بالعمل لا بغيرها وان ربح ما لم يضمن حرام الا في
المضاربة وان كل شيء يمكن تحقيق الكفالة والوكالة
في ذلك الشيء فشركة الوجوه مفاوضة كانت او عنانا جائز
فيه ولهذا تصح شركة الوجوه مفاوضة كانت او عنانا
بان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجاهتهما
عند التجار ويبيعا وما ربحا يكون بينهما فالمفاوضة
من شركة الوجوه ان يكون الرجلان من اهل الكفالة
وان يكون عين المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا
بلفظة المفاوضة والعنان من الوجوه فهو ان يجوز التفاضل
في ضمان ثمن المشتري بينهما وانما تصح هذه الشركة مفاوضة
وعنانا لامكان تحقيق الكفالة والوكالة في الثمن والمثمن
واذا اطلقت شركة الوجوه تكون عنانا لان مطلقه ينصرف
الى العنان لما بيناه في شركة التقبل وكل واحد من شريك
شركة الوجوه وكيل الاخر فيما يشتريه لان نفاذ التصرف
على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة
فان شرطا في شركة الوجوه ان يكون المشترى بينهما نصفان
والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا احدهما في

الربح في هذه الصورة وان شرطا ان يكون المشتري بينهما
فالربح اثلاث وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل
او بالضمان بالعمل كما في الاستاذ فكان الاستاذ مطالباً
بتحصيل ذلك العمل لوجود العمل مضموناً على الاستاذ ولا
يستحق الربح بما سوى الثلثة المذكورة واستحقاق الربح
في شركة الوجوه يكون بالضمان والضمان في الوجوه يكون
على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد على قدر الملك
ربح ما لم يضمن وهو حرام في الشرع فلا يصح اشتراطه في
الوجوه الا في المضاربة على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست
في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من شريكي
الوجوه مضمون عليه المال واما المال ليس بمضمون
على المضارب فلا يلحق الوجوه بالمضاربة على هذا الوجه
بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد
منهما اي من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب
يعمل في مال رب المال فلحق العنان بالمضاربة دلالة فجاز اشتراط
الزيادة في العنان على هذا الوجه فصل فيما لا يجوز الشركة
فيه وفيما يفسد الشركة فيه الاصل فيه ان الشركة تتضمن
الوكالة ولهذا لا يصح الشركة في الاحتطاب والاصطياد
واجتناء الثمار وفي اخذ كل شيء مباح وما اصطاده كل
واحد منهما فهو له دون صاحبه لان التوكيل في اخذ
المباح باطل لان التوكيل ولاية اثبات التصرف فيما هو
الا للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا
لان الاحتطاب ونحوه بلا اذن الموكل

وتوكيله فبطل امر الموكل بيوا اذا بطل التوكيل لا يثبت الشركة
لان شركة ما لا تنعقد بلا وكالة واذا لم يثبت الشركة يثبت
الملك للاخذ فان اخذاه معاً فهو بينهما نصفان لان
الاستواء في سبب الاستحقاق وهو الاخذ يوجب الاستواء
في الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا في
عمله فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بان
قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه وحمله
الاخر يكون للقالع فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند
محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز نصف ثمن ذلك وقد
عرف في موضعه واذا اشتركا وللاحدهما بغل وللاخر رواية
يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة ويكون
الكسب ملكا للذي استقى الماء لان المستقي هو المحرز و
على المستقي اجر مثل الرواية ان كان العامل صاحب البغل
وان كان العامل صاحب الرواية فعليه اجر مثل مثل
البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح
وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا
للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو
البغل او الرواية بعقد فاسد فيلزمه اجر المثل و
ان كل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل
شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر الربح
بقدر المال كما ان الريع الحاصل تابع للبذر في المزارعة
الفاسدة والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد فسدت
التسمية فبقي المال والله اعلم فصل في بطلان الشركة بالموت

الاستحقاق
علي قدر راس
المال

الحقيقي

الحقيقي والحكمي الاصل فيه ان العزل من التصرف اذا كان حكميا
لا يشترط علم صاحبه واذا كان قصديا يشترط علم صاحبه
فاذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب وحكم
القاضي بلحاقه بطلت الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة
ولا بد من الوكالة ليتحقق الشركة والوكالة تبطل بالموت
وبالالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى القاضي لانه بمنزلة
الموت على ما بيناه من قبل في احكام المرتدين ولا فرق بين
ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لان هذا العزل
عزل حكمي فلا يشترط علم صاحبه كما اذا باع الموكل قبل بيع
الوكيل ينعزل الوكيل وان لم يعلم واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة
بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حتى يتوقف على
علم الاخر لانه عزل قصدي فيشترط علم الاخر فصل في اداء
الزكوة من جانب شريكه وفي الوكالة باداء الزكوة وفي اذن
الشريك لصاحبه بوطي الجارية المشتراة من مال الشركة
الاصل ان المامور اذا كان مخالفا للامر لا يقع التصرف
للامر وان المامور مامور بحسب وسعه فليس لاحد
الشريكين ان يؤدي زكوة مال شريكه الاخر الا باذنه لان
اداء الزكوة ليس من جنس التجارة لان من جنس التجارة
التثمير لا اداء الزكوة فان اذن كل واحد من الشريكين
لصاحبه ان يؤدي زكوته فاذا ادى كل واحد زكوته و
زكوة شريكه على التعاقب فالشريك الاخر في الاداء لا
يضمن للاول اذا لم يعلم الاخر باداء الاول واذا علم الاخر
باداء الاول ضمن للاول ولو اديا معا لم يضمن كل واحد

الزكوة

منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الحكم لان المامور باداء

اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الامر بنفسه هذا عند

ابي يوسف ومحمد لانه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى

فلا يكون مخالفا للامر فلا يضمن للامر وهذا لان ما في

وسع المامور التمليك لا وقوعه زكوة لتعلق الزكوة بنية

الموكل حتى يقع زكوة وان لم ينو الوكيل اذا نوى الموكل ولا تقع

زكوة على العكس ولا يطلب من المامور الا ما في وسعه وصار

ذلك المامور كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما

زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المامور علم او لا وقال ابو

حنيفة ان الشريك الاخر في الاداء ضامن للاول علم الثاني

باداء الاول او لم يعلم ولو اديا معا ضمن كل واحد نصيب

صاحبه علم او لم يعلم لان المامور مامور باداء الزكوة و

المؤدى لم يقع زكوة فصار المامور مخالفا للامر فيضمن المامور

للامر وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة

الواجب لان الظاهر ان الامر لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر

وهذا المقصود وهو اخراج نفسه عن عهدة الواجب حصل

باداء رب المال وعرى اداء المامور عن ذلك المقصود فصار

المامور معزولا علم المامور او لم يعلم لانه عزل حكمي فلا

يشترط علم صاحبه واما دم الاحصار فقد قيل على هذا

الاختلاف والشريك الاداء في الاول لا يضمن للثاني لو وقع

الاداء زكوة للثاني وقيل بين الاداء وبين دم الاحصار

فرق ووجهه ان اراقة الدم ليس بواجب على المحصر فان المحصر

يمكنه ان يصبر حتى يزول احصاره وفي مسئلتنا الاداء واجب

فاعتبر اسقاط الواجب عن ذمته مقصوداً في اداء الزكوة دون
دم الاحصار فان دم الاحصار لا يكون المقصود فيه اسقاط
الفرض فافترقا على هذا الوجه فلا يقاس الاداء على دم الاحصار
كما قاس ابو يوسف ومحمد لا صل ان الثمن يكون بمقابلة الملك
وان كلام الانسان العاقل يحمل على الصحة ما امكن وان مقتضى
المفاوضة ان يقع كل بيع وشراء على الاشتراك تحقيقا للمساواة
ولهذا اذا اذن احد المفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية
فيطاءها المامور فاشترى المامور وادى الثمن من مال
الشركة ففعل فالجارية للمامور بغير شيء فلا يغرم لشريكه
شيئاً عند ابي حنيفة لان الجارية دخلت في الشركة على
البتات جريا على مقتضى الشركة اذ مقتضى المفاوضة ان
يقع الملك على الاشتراك تحقيقا للمساواة والشريكان لا
يملكان تغيير عقد الشركة مع بقاء الشركة فيكون الجارية
داخلة في مال الشركة على البتات على هذا الوجه الا ان الاذن
بالوطي يتضمن هبة نصيبه من يد المامور لان الوطي لا
يحل للمامور الا بالملك خاصة للمامور ولا وجه الى اثبات
ملك الشريك في الجارية ببيع الشريك نصيبه من الجارية
لان الشريك في المفاوضة لو باع نصيبه من شريكه يقع
هذا النصيب مشتركا بينهما فاثبتنا الملك في الجارية
للمامور خاصة بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بالوطي اقتضاء
تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فكان الاذن قال لشريكه
اشتر هذه الامة على الشركة ثم تملك نصيبي بالهبة فاذا
اشترى وقبض تمت الهبة فلا نغرم لشريكه شيا عند ابي

حنيفة وعندهما يرجع الاذن على الماذون بالوطي بنصف
الثمن لان الماذون ادّى دينا عليه خاصة من مال
الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام
والكسوة يرجع فاجيب عن قولهما من جانب ابي حنيفة
بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عن قضية
الشركة للضرورة فيقع الملك للمشتري خاصة بنفس
العقد فكان المشتري مؤديا دينا عليه من مال الشركة
فيرجع عليه بنصف الثمن على هذا الوجه وفي مسلتنا
قضى دينا عليهما لان الجارية دخلت في مال الشركة فافترقا
فلا يقاس احدهما على الاخر كما قاس ابو يوسف ومحمد وللبائع
الجارية ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب
بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة الاصل في
الوقف وشرطه العام كون الواقف حرا عاقلا بالغا وشرطه
الخاص ان يكون المحل عقارا او دارا ولا يصح وقف المنقول
الا في الكراع والسلاح وركنه الالفاظ التي يثبت بها
الوقف كوقفت الاصل ان الحكم المجتهد اذا اقترن بالقضا
صار كالمجمع فالوقف لغة هو الحبس تقول وقفت
الدابة واوقفتها بمعنى واحد والوقف في الشرع عند ابي
حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
على الفقراء او على وجوه الخير فيكون الوقف بمنزلة العارية
عند ابي حنيفة ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق
بالمعدوم لا يجوز فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو
الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عند ابي حنيفة الا

ان الوقف عنده غير لازم كالعارية غير لازم فلا يزول
ملك الواقف عن الوقف فيرجع الواقف فيه ويباع ويوهب
ويورث الا ان يحكم بلزوم الوقف القاضي او يعلق الواقف
الوقف بموته فح يكون الوقف لازما عند ابي حنيفة فيزول
ملك الواقف عن الوقف نحو اذا مت فقد وقفت داري
على كذا وطريق حكم القاضي بلزوم الوقف ان يسلم الواقف
الى المتولي ثم يرجع الواقف عن الوقف محتجا بعلة عدم
اللزوم فيخاصم الواقف والمتولي عند القاضي فيقضي
القاضي باللزوم فيلزم زوال الملك اي اللزوم للوقف
بحكم القاضي صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه لما ذكرناه
اولا اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه يكون لازما بالاجماع
لكن لا يزول ملك الواقف بالتعليق عند ابي حنيفة
الا ان الواقف تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة
الوصية بالمنافع مؤبدا فحينئذ يلزم الوقف عنده وعندهما
لا يكون مملوكا لاحد ولو حكم الواقف والمتولي رجلا
فيخاصمان عنده فحكم الحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا
فيه فالصحيح ان بحكم الحكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي ان
يبطله هذا عند ابي حنيفة وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عندهما الى الله
تعالى على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم الوقف
عندهما فلا يباع ولا يورث ولا يوهب كالمسجد لكن عند
ابي يوسف يزول الملك عن الواقف بمجرد القول كوقفت
سواء كان مشاعا او مقسوما سلمه الى المتولي او لم يسلم

اشترط التابيد اولم يشترط وعند محمد لا يزول ملك الواقف
عن الوقف حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه الى المتولي
لقول النبي عليه السلام لعمر رض حين اراد عمر ان يتصدق
بارض كانت لعمر يسمى صمغ تصدق باصلها لا يباع ولا
يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رض
على سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل و
غيرهم واذا كان التصدق على هذا الوجه خرج الاصل
عن ملك الواقف وقوله لا يباع ولا يورث يدل على اللزوم
واذا ثبت ان ملك الواقف لا يزول عن الوقف عند
ابي حنيفة بقي راى الواقف وتدبيره بعد الوقف في
نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائط الواقف
في الوقف ولو خرج الوقف عن ملكه لما صح شرط
الواقف في الغلة ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي
هو بمنزلة الوصية حتى يعتبر من ثلث ماله فيكون
الوقف لازما والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة
ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الوقف
الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة يكون
من جميع المال واذا صح الوقف خرج من ملك
الواقف بالقضاء عنده وبمجرد الوقف عند ابي يوسف
وبالوقف والتسليم الى المتولي عند محمد ولم يدخل
في ملك الموقوف عليه لان الوقف لو دخل في ملك
الموقوف عليه لا يتوقف على الموقوف عليه بل ينفذ
بيع الموقوف عليه كسائر املاكه ولان الموقوف عليه

لو ملكه

لو ملكه لما انتقل عن الموقوف عليه بشرط مالك الاول
كسائر املاك الموقوف عليه لا ينتقل وليس كذلك
فانه لو وقف على فقراء بني فلان ثم زالت صفة الفقر
عن واحد منهم ينتقل الى غيره ولو ملكه الموقوف عليه
لا ينتقل عن الموقوف عليه كسائر املاك الموقوف عليه
لا ينتقل الاصل عند ابي يوسف ان الوقف اسقاط الملك
عن العين لا للتمليك من يد انسان فيصح الوقف بدون
التسليم الى المتولي عند ابي يوسف كالاعتاق وعند محمد
ان الوقف صدقة لحديث عمر رض فيكون التسليم الى
المتولي من شرط الوقف ولهذا جاز وقف المشاع عند
ابي يوسف لان الاصل ان القسمة عند ابي يوسف من تمام
القبض والقبض للمتولي عند ابي يوسف ليس بشرط في
الوقف فكذا تتمة القبض وهو القسمة فيكون وقف المشاع
جائزا عنده على هذا الوجه وقال محمد لا يجوز وقف المشاع
لان قبض المتولي عند محمد شرط لتمام الوقف فكذا ما تم
به القبض وتمام القبض فيما يحتمل القسمة يكون بالقسمة
فلا يجوز الوقف في المشاع قبل القسمة عند محمد على هذا
الوجه واما فيما لا يحتمل القسمة كالبير والحمام والطريق فيجوز
وقفه مع الشيوع عند محمد ايضا كما يجوز عند ابي يوسف
لان محمدا يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اي المسلمة
الى الفقير فان الهبة جائزة مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة
فكذا الوقف جائز الاصل ان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله
تعالى ولهذا لا يجوز المسجد والمقبرة مع الشيوع سواء

كان الشيوع فيما يحتمل القسمة عند ابي يوسف ومحمد او لا يحتمل القسمة مح
فاذا جعل نصف حمامه مسجدا لا يجوز لوجود بقاء الشركة
الاصل ان الشيوع المقارن يبطل الوقف والهبة والصدقة
لا الطاري ولهذا لو وقف كل ارضه ثم استحق جزء مشاع
من ذلك الوقف كالنصف الشائع والربع الشائع بطل
في الباقي عند محمد لوجود الشيوع المقارن بخلاف ما
اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين
بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال
ضيق اي لا مال له سواه حيث لا يبطل في الباقي لوجود
الشيوع الطاري ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل
الوقف في الباقي لانعدام الشيوع كدارين وقفتا فاستحق
احداهما ولهذا جاز الوقف في الابتداء وعلى هذا الهبة و
الصدقة المقبوضة فان بالاستحقاق الشائع تبين ان
الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق المعين لا يبطل لانعدام
الشيوع كما في الوقف الاصل عند محمد ان موجب الوقف
زوال الملك بدون التمليك من يد انسان وزوال
الملك يتأبد كالعتق فان العتق زوال بدون التمليك
والعتق يتأبد فكذا الوقف يتأبد فصار مقتضى الوقف
مؤيدا على هذا الوجه وعند ابي يوسف ان المقصود
من الوقف هو التقرب الى الله تعالى والتقرب موفر
عليه ولهذا قال محمد لا يتم الوقف حتى يجعل اخر الوقف
بجهة لا تنقطع ابدا لان جهة الوقف اذا كانت يتوهم
انقطاع الجهة لا يتوفر على الوقف مقتضى الوقف وهو

التأبيد حتى كان التوقيت في الوقف مبطلا للوقف
كالتوقيت في البيع مبطل للبيع فلا يتم الوقف عند محمد
حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف إذا سمى
في الوقف جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن
لم يسمهم الواقف لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى
جهة تنقطع ومرة يكون التقرب بالصرف إلى جهة يتأبد
فيصح الوقف في الوجهين توسعة في أمر الوقف وتحصيلا
لمقصود الواقف وقيل إن التأبيد بالإجماع شرط إلا أن
عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد في الوقف وعند
محمد ذكر التأبيد في الوقف شرط والأصل أن التأبيد في الوقف
شرط ولهذا يجوز وقف العقار لوجود التأبيد في
العقار ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول من مكان إلى
مكان عند أبي حنيفة سواء كان وقف ما ينقل بطريق
التبعية أو القصد وعند أبي يوسف إن كان وقف
ما ينقل ويحول بطريق التبعية يجوز وما لا فلا
ولهذا قال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها و
زراعها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه
تبع للأراضي في تحصيل ما هو المقصود من الوقف
والمقصود هو الغلة والأصل كم من شيء يثبت تبعا
ولا يثبت قصدا كالشرب والطريق يدخلان في البيع
تبعا ولا يجوز بيعهما قصدا ومحمد كان الى يوسف مع
في هذا الحكم لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف
أصلا عند محمد فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى وقال

محمد يجوز حبس الخيل والسلاح في سبيل الله وابو يوسف
فيه مع محمد وهذا استحسان وجه الاستحسان الآثار
المشهورة فيه منها قوله عليه السلام بعد ما طلب من
الزكوة من درع خالد بن الوليد اما خالد فقد حبس ادرعه
في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله ويروى
اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون
على الابل وكذا السلاح يحمل عليها ان ما تعامله الناس فليس في
عينه نص يبطله فهو جائز لقوله عليه السلام ما رآه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا روي عن محمد
انه يجوز وقف ما تعامل الناس فيه من المنقولات كالفاس
يعني فاس والمر يعني كلند والقدوم اي تيشه والمنشار
اي اره والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف
وعند ابي يوسف لا يجوز وقف ما ينقل في غير الكراع و
السلاح لان القياس في وقف ما ينقل عدم الجواز و
ان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح
فيقتصر عليهما ومحمد يقول ان القياس قد يترك بتعامل
الناس كما يترك القياس في الاستصناع بالتعامل وقد وجد
التعامل في وقف هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى وهو
مجتهد انه وقف كتابه الحاقا بالمصحف وهذا صحيح لان
كل واحد من المصحف يمسك للدين تعليما وتعلما الكتب و
وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل
فيه كالحيوان والثياب لا يجوز وقفه عندنا والحاصل ان
القياس في العقار ان يصح وقفه لوجود التابيد في العقار

وفي المنقول ان لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتابد ولا
بد في الوقف من التابيد الا ان الاثار المشهورة يعارض القياس
في بعض المنقول كما في الخيل والسلاح وفي بعض المنقول عارض
القياس التعامل كما في الفاس ونحوه ولا معارض للقياس في
عدم جواز وقف المنقول فيما سوى الخيل والسلاح والفاس
ونحوه من حيث الاثار ولا من حيث التعامل فبقي منقول
لم يجري الاثار والتعامل بوقفه كالحيوان على اصل القياس
فصل في بيع الوقف وفي قسمة الوقف المشاع وفي عمارة الوقف
وفي نقض الوقف وفي استبدال الوقف الاصل ان الوقف حبس
العين على حكم ملك الله تعالى وان في القسمة معنى المبادلة
ومعنى الافراز والتمييز واذا صح الوقف لا يجوز بيعه ولا
تمليكه لما سياتي الا ان يكون الوقف مشاعا فحينئذ يجوز
في ضمن القسمة عند ابي يوسف لان القسمة يتضمن معنى
المبادلة وهي راجح في قسمة العروض المتفاوت في افراد العروض
واذا قضى القاضي بجواز وقف المشاع على مذهب ابي
يوسف يطلب الشريك قسمة الوقف فيصح مقاسمته
واما امتناع التمليك فلان الوقف هو الحبس والتمليك
مناف للحبس واما جوز القسمة في الوقف فلانها تمييز و
افراز لا بيع وتمليك فيجوز قسمة الوقف المشاع على هذا
الوجه غاية الامر في قسمة غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في قسمة الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف
فلم يكن القسمة تمليكا وبيعا على هذا الوجه فيجوز قسمة الوقف
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك بينه وبين غيره

فهو الذي يجوز ان يقاسم شريكه عند من يقول بالقسمة مبتداء
لان الولاية في قسمة الوقف للواقف وبعد موت الواقف
الولاية الى وصي الواقف فلوصي الواقف ان يقاسم شريكه
وان وقف نصف عقار خالص للواقف بان كان للواقف
عقار مائة ذراع مثلا وقف نصيبه خمسين ذراعاً فالذي
يجوز ان يقاسمه القاضي او يبيع الواقف نصيبه الباقي
بعد الوقف من يد رجل ثم يقاسم الواقف المشتري ثم يشتري
الواقف ذلك النصيب من ذلك المشتري لان القسمة لا يجري
الا بين اثنين ولو كان في قسمة الوقف فضل دراهم ان اعطى
المشتري الواقف فضل الدراهم لا يجوز لان المشتري ياخذ
بمقابلة الدراهم شيئاً من الوقف فيصير الواقف بائعاً للوقف
على هذا الطريق فلا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى
الواقف شريكه فضل الدراهم جاز لان الواقف حينئذ يصير مشترياً
بمقابلة الدراهم فيجوز الاصل ان الخراج يحصل بالضمان
اي ان المنفعة تحصل بالمؤنة فكل من كان له منفعة
الشيء كان عليه مضرته وان كلام العاقل يحمل على مقصود
المتكلم ما امكن ولهذا يجب ان يبتدئ من غلة الوقف
بعمارته وما فضل من عمارته يقسم على الفقراء اذا كان الوقف
عليهم اذ شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف
صرف الغلة مؤبداً ولا يحصل التابيد الا بالبقاء ولا
يبقى دائماً الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء وان
لم يكن العمارة مشروطة في الوقف نصاً لحمل الكلام على
مقصود المتكلم ولان الخراج يحصل بالضمان وصار

نفقة